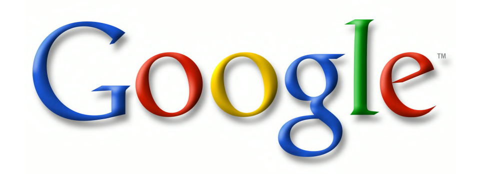
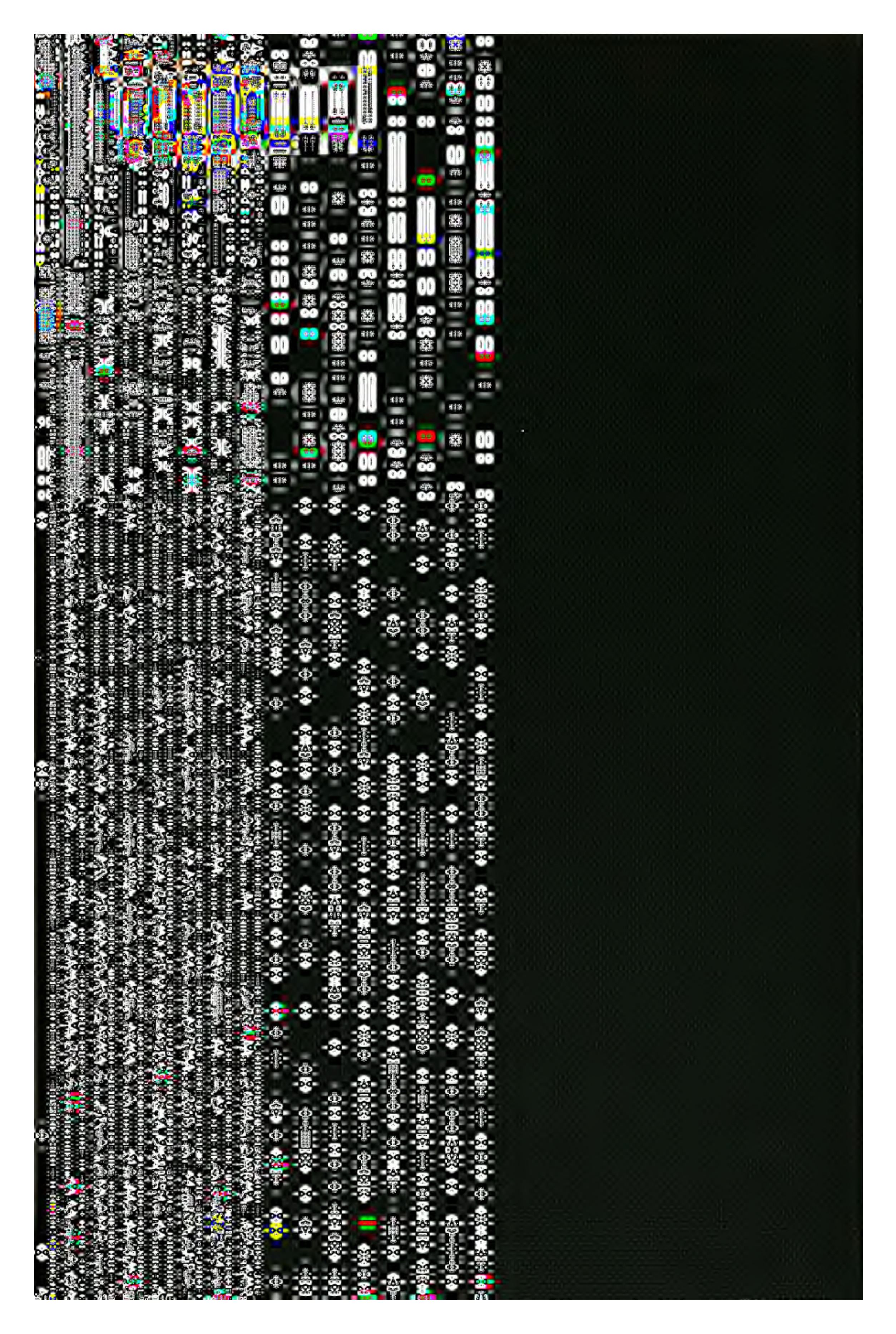

Google




Bd. Nov. 1930



Zur Lehre vom Sklavenerwerb.

Ein Beitrag zur Dogmatik des römischen Privatrechts.

Von

Dr. Carl Salkowski,

ordentlichem Professor der Rechte an der Universität zu Königsberg i. Pr.

Verlag von Bernhard Tauchnitz

Leipzig 1891.

Salkowski, Sklavenerwerb.

Zur Lehre
vom
Sklavenerwerb.

Ein Beitrag
zur
Dogmatik des römischen Privatrechts.

Von

Dr. Carl Salkowski,
ordentlichem Professor der Rechte an der Universität zu Königsberg i. Pr.

Verlag von Bernhard Tauchnitz
Leipzig 1891.

Rudolf von Ihering

gewidmet.

Vorwort.

Der vorliegenden Untersuchung aus dem Gebiete des römischen Sklavenrechts wird wohl nur in geringem Maße Beachtung zuteil werden. Ich glaube den Vorwurf zu vernehmen, daß es nicht zeitgemäß sei, über einen so entlegenen und gleichgültigen Gegenstand ein ganzes Buch zu schreiben, da es doch ganz andere Fragen sind, welche die Jurisprudenz gegenwärtig, wo alles Interesse von dem sich vorbereitenden großen Gesetzgebungswerke in Deutschland in Anspruch genommen wird, mit Recht bewegen. Man wird darauf hinweisen, daß der Gegenstand selbst von zu untergeordneter Bedeutung sei, als daß eine so ausführliche Behandlung, wie die vorliegende, überhaupt gerechtfertigt erschiene. Und ich muß zugeben, daß für das heutige Rechtsleben die ganze hier erörterte Lehre des römischen Rechts nur von geringem Werte und eine eingehende Darstellung derselben vielleicht völlig überflüssig ist, wenigstens insofern als sich aus ihr praktisch unmittelbar verwendbare Ergebnisse jedenfalls nicht gewinnen lassen. Auch haben wir es bei ihr nicht mit Rechtsfragen von allgemeiner und prinzipieller Bedeutung zu thun, zu deren Förderung ein, wenn auch noch so geringfügiger Beitrag geliefert würde. Ebensowenig handelt es sich hier um ein wichtigeres rechtshistorisches Problem, dessen Lösung durch Herbeibringung neuen oder eindringenderer Ausbeutung bekannten

Quellenmaterials von einem neuen Gesichtspunkte aus versucht würde; auch nicht um irgend ein den heutigen Romanisten gerade besonders interessantes, in den Quellen so gut wie verschollenes Rechtsgebilde, das durch scharfsinnige Kombination der spärlichen Nachrichten und versteckten Beziehungen in eine neue, hypothetische, Beleuchtung gerückt würde. Im Gegenteil, in unserer Materie fließen die Quellen in fast überreicher Fülle, und es wird sich auch nicht behaupten lassen, daß sie für die Kenntnis des Entwickelungsganges römischer Rechtsgedanken besondere Aufschlüsse gewähren.

Wenn ich nun trotz dieser Einwürfe, deren teilweise Berechtigung ich nicht bestreiten will, von einer Veröffentlichung der nachfolgenden Erörterungen doch nicht Abstand nehme, so bestimmt mich dazu die Wahrnehmung, daß der hierauf bezügliche Inhalt der Quellen noch keinesweges so ausgebeutet und verarbeitet worden ist, wie er es zu verdienen scheint. Denn mag auch unser Gegenstand immerhin, vom Standpunkte der heutigen Rechtstheorie aus betrachtet, weniger Beachtung verdienen, wie manche vielleicht weit entlegenere Materie des römischen Privatrechts, so läßt sich doch seine Bedeutung für die Dogmatik des letzteren selber nicht verkennen. Da die klassischen Juristen mit einer gewissen Vorliebe sich mit ihm beschäftigt haben, so fallen von hier aus auch manche Streiflichter auf ihre Art und Kunst, ja er bietet häufig einen Prüfstein ihrer juristischen Methode. Und schließlich, wenn man die wissenschaftliche Behandlung des römischen Rechts schon um seiner selbst willen als berechtigt anzuerkennen geneigt ist, so wird vielleicht auch der vorliegende Versuch, in eine zwar ganz zugänglich liegende, aber dennoch bisher noch nicht hinreichend durchstreifte Partie der römischen Jurisprudenz etwas tiefer einzudringen, noch Entschuldigung finden, sollte auch die Ausbeute nur geringfügig sein.

Im übrigen will ich noch hinzufügen, daß die Arbeit, die mich schon vor einer Reihe von Jahren beschäftigte, dann öfters liegen gelassen und wieder aufgenommen wurde, lange bevor die

neueste Litteratur zu meiner Kenntnis gelangte, so gut wie vollendet war. Selbstverständlich habe ich auf letztere gebührende Rücksicht genommen, muß jedoch dabei bekennen, daß sie für die in Betracht kommenden Einzelnfragen keinen Anhalt bot, und daß ich durch sie auch nicht bestimmt worden bin, von meiner bereits feststehenden Auffassung abzugehen.

Königsberg, den 18. April 1891.

Der Verfasser.

Inhaltsverzeichnis.

Erstes Kapitel.

Der Erwerb des gemeinschaftlichen Sklaven.

Zweites Kapitel.

Der servus fructuarius und bona fide serviens.

Erstes Kapitel.

Der Erwerb des gemeinschaftlichen Sklaven.

Es ist längst bemerkt worden, daß die römische Jurisprudenz dem Sklavenrecht, zumal den Erwerbs- und Verpflichtungsverhältnissen der Sklaven, von jeher eine besondere Vorliebe zugewandt hat, welche durch die große praktische Wichtigkeit jener Rechtsverhältnisse hinlänglich gerechtfertigt wird. Auch mochten die vielen hier auftauchenden schwierigen Rechtsfragen und die im einzelnen Falle so leicht sich einstellenden juristischen Komplikationen, einen eigenen Reiz auf die Juristen ausüben, die hier ihre ganze Kunst bewähren konnten, Rechtsverhältnisse zu zergliedern, Rechtssätze in ihre Konsequenzen zu verfolgen und zu kombinieren, und den einzelnen Fall dabei zugleich den praktischen Bedürfnissen gemäß zu gestalten. So ist denn namentlich auch die Lehre von dem Erwerbe des gemeinschaftlichen und des in verschiedenem Rechte stehenden Sklaven (servus fructuarius, usuarius, bona fide possesus und daneben des liber homo bona fide serviens) mit großer Feinheit in das kasuistische Detail hinein ausgebildet worden, wobei sich die Jurisprudenz freilich mitunter auch auf das Gebiet einer unfruchtbaren Dialektik zu verirren scheint.

Dennoch ist diese Lehre im Zusammenhange bisher noch nicht eingehend behandelt worden. Einzig Donellus[1] stellt die hier anerkannten allgemeinen Grundsätze übersichtlich zusammen, während er nur einige bei den römischen Juristen streitige Fragen hinsichtlich des Erwerbes des servus fructuarius und bona fide

[1] Comment. de iur. civ. l. IX c. 6 §§ 23—42. l. X c. 25 § 24.

possessus und des liber homo bona fide serviens ausführlicher erörtert. Auch Cujacius und die Späteren[2] beschränken sich auf einzelne zweifelhafte Punkte. Der Erwerb des einem Anderen dienenden Sklaven bildet den Gegenstand einer Doktordissertation von O. Goeschen;[3] doch wird hier nur gelegentlich der Erwerb des servus communis gestreift und auch im Übrigen bleiben die Ausführungen an der Oberfläche haften. Eine eindringendere Untersuchung hat neuerdings Kuntze dem Rechtserwerbe durch den im Nießbrauch stehenden Sklaven zu teil werden lassen,[4] wobei auch hin und wieder die übrigen Fälle zur Vergleichung herangezogen werden. Den Rechtserwerb durch den bona fide serviens hat ferner Czyhlarz besprochen.[5] Da jedoch auch durch diese Bearbeitungen der Gegenstand keinesweges erschöpft ist, so wird der Versuch einer zusammenhängenden Erörterung der ganzen Lehre nicht als überflüssig erscheinen. Dabei werden wir aber vom communis servus ausgehen müssen, nicht blos aus dem Grunde, weil man dem Erwerbe dieses Sklaven in den neueren Bearbeitungen unseres Themas am wenigsten Beachtung geschenkt hat, sondern weil sich bei ihm zuerst feste Rechtsgrundsätze herausgebildet haben, welche dann auf die anderen Fälle einfach übertragen worden sind. Überhaupt war im römischen Leben der gemeinschaftliche Sklave eine sehr gewöhnliche Erscheinung, neben Grundstücken der häufigste Gegenstand einer communio und wohl auch der ältesten societas unius rei.

---

[2] So Hotmanus, Gordon, Chesius, Noodt an den später anzuführenden Stellen.

[3] Per eum hominem, qui serviat, quemadmodum nobis acquiratur. Gott. 1832.

[4] Der servus fructuarius des röm. Rechts. Leipz. 1889.

[5] Bei Gelegenheit seiner Darstellung des Fruchterwerbes des bonae fidei possessor in Glücks Komment. Ser. d. B. 41. 42. Th. 1. (1887) S. 526 fg.

§ 1. Das Grundprinzip für den Erwerb.

Die Grundregel, von welcher die römischen Juristen ausgehen, lautet: der gemeinschaftliche Sklave erwirbt allen seinen Herren nach Verhältnis ihrer Eigentumsanteile.[1] Dies wird als ein fast selbstverständlicher Rechtssatz ausgesprochen, über den niemals ein Zweifel bestanden hat. Es wird insoweit der Sklavenerwerb ganz gleich den fructus eines gemeinschaftlichen Grundstückes oder Tieres behandelt. Allerdings gründet sich der Rechtserwerb durch den Sklaven auf die potestas und nicht auf das dominium des Herrn.[2] Damit ist jedoch nur ausgedrückt, daß die potestas dem Sklaven überhaupt die rechtliche Erwerbsfähigkeit seines Herrn und für diesen giebt; es folgt daraus keineswegs, daß, da die an sich einheitliche und unteilbare potestas über den gemeinschaftlichen Sklaven jedem Herrn zusteht, nun auch alle Herren eigentlich immer zu gleichen Teilen durch ihn erwerben müßten.[3]

Unsere Regel gilt für jeden Erwerb, also für alle Vermögensrechte, dingliche Rechte sowohl wie Forderungen, Vermächtnisse und Erbschaften, und für alle Erwerbsarten, civile wie naturale.[4] Nur folgende Fälle, die Zweifel hervorrufen, verdienen noch eine nähere Betrachtung.

---

[1] Gaius III, 167 (= § 3 J. p. q. pers. obl. 3, 28): Communem servum pro dominica parte dominis adquirere certum est. Gai. l. 45 i. fi. D. de A. R. D. 41, 1.

[2] Gaius I, 52. 54. II, 88. Ulpian. 19, 20. Und doch ließ die herrschende Meinung, wie es scheint, denjenigen, der das nudum ius Quiritium am Sklaven hatte, durch ihn erwerben „si nominatim ei dari stipulatus fuerit mancipiove nomine eius acceperit“ Gai. III, 166. Darüber noch später.

[3] Wie Baron, Gesammtrechtsverh. S. 409 meint. Wenn derselbe den Grund der angeblichen Inkonsequenz darin zu finden glaubt, daß „die gewöhnlichen Erwerbungen eines Sklaven in dem Mietzins für seine Dienste bestanden und diese Dienste freilich nach den Eigentumsquoten verteilt werden mußten“, was man dann für alle Erwerbungen generalisiert hätte, — so genügt, daran zu erinnern, daß beim Kompatronat die operae nicht nach Verhältnis der früheren Eigentumsquoten, sondern zu gleichen Teilen geschuldet werden. l. 7 § 6. l. 8 pr. l. 15 § 1 de oper. lib. 38, 1.

[4] Ulp. l. 5 de stip. serv. 45, 3 (= h. t.): si quid stipulatur vel quaqua alia ratione adquirit. § 3 J. eod. 3, 17. Operarum stipulatio: Jul. l. 54 § 1 de V. O. 45, 1. — quodsi unam operam servus communis stipulatus fuerit, necesse est utrique dominorum partem operae tantam, quantam in servo habuerit, petere; vgl. die Stellen in der vorigen Anm.

I. Die dem Finder zufallende Hälfte des Schatzes, welcher von dem gemeinschaftlichen Sklaven gefunden wird, müssen, der Regel entsprechend, die Herren pro parte dominica erwerben. Das wird auch von Tryphoninus in l. 63 § 1 de A. R. D. 41, 1 hinsichtlich des Fundes in einem fremden Grundstücke schließlich anerkannt, indem er den Schatzfund, als „donum fortunae", dem Erwerbe aus Vermächtnissen und Schenkungen gleich behandelt. Aber schon das Aufwerfen der Frage „utrum pro dominii partibus an semper aequis adquiret" und vielleicht mehr noch die Bezugnahme auf Vermächtnis und Schenkung zur Rechtfertigung der Entscheidung könnte stutzig machen. Darauf freilich, daß über diesen Punkt eine Kontroverse bestand, dürfen wir nicht schließen. Dies gestattet schon nicht der Charakter der Schrift, aus welcher die Stelle entnommen ist; denn die disputationes des Tryphoninus bewegen sich häufig in rein akademischen Erörterungen und dies ist gerade bei der ganzen l. 63 cit. zutreffend. Allerdings hat der Schatzfund — dies mag dem Juristen ungefähr vorgeschwebt haben — das besondere, daß es sich bei ihm weder um ein Rechtsgeschäft oder eine Erwerbsthätigkeit des Sklaven, noch um eine zuwendende Willenserklärung eines dritten handelt; aber er lasse sich doch als „donum fortunae" mit der donatio auf gleiche Linie stellen. Bei alledem würde es freilich noch nicht einleuchten, wie die hervorgehobene eigentümliche Natur des Schatzfundes eine Abweichung von der allgemeinen Regel hinsichtlich der Verteilung des Erwerbes begründen könnte.

Schwer verständlich ist nun aber die Entscheidung Tryphonins in betreff der fraglichen Hälfte des Schatzes, wenn er in dem Grundstücke des einen Herrn gefunden wird:

> l. 63 § 2 cit. Si communis servus in domini unius fundo proprio invenit, de parte, quae soli domino semper cedit, non est dubium, quin solius domini praedii sit; verum an aliquid ex parte ferat alter[5] socius videndum est, et numquid simile sit, atque cum stipulatur servus iussu unius domini aut per

und l. 29 de solut. 46, 3. Darlehn: l. 13 § 2 de R. C. 12, 1. Depositum: l. 1 § 31 depos. 16, 3. — Nicht hierher gehört l. 42 de damn. inf. 39, 2.

[5] Mommsen emendiert: altera; es kommt mir jedoch wahrscheinlicher vor, daß hinter parte ausgefallen ist: quae inventori cedit.

traditionem [mancipio] aliquid accipit vel[6] nominatim alteri: quod magis dici poterit.

So wie die Stelle lautet, spricht der Jurist, wenn auch zweifelnd, seine Meinung dahin aus, daß der Schatz ganz dem Eigentümer des Grundstückes zufalle und der andere Herr von der Finderhälfte nichts erwerbe. Dies hat schon in der Glosse mit Recht Anstoß erregt. Indessen ihr Versuch, die Entscheidung dadurch umzudeuten, daß der Schlußsatz auf die erste Frage bezogen oder selbst wieder in fragendem Sinne genommen wird, ist gewiß nicht annehmbar.[7] Es kann sich also nur um die Erklärung der Entscheidung handeln.[8] Da springt nun in die Augen, wie hinkend der Vergleich des Schatzfundes im vorliegenden Falle mit der auf den Namen des einen Herrn gestellten stipulatio oder traditio (mancipatio) ist. Ist denn etwa der unerklärte Wille des Sklaven, für den Eigentümer den Schatz zu erwerben, auf eine Linie mit der nominatio zu stellen? Und, wenn wir von dieser später zu besprechenden Frage einstweilen absehen, läßt sich denn ohne weiteres annehmen, daß der Sklave regelmäßig jene Absicht habe, selbst wenn er vielleicht der Meinung war, daß der Schatz immer dem Grundeigentümer zufalle? Vollends schief, ja unbegreiflich, ist aber die vom Juristen herangezogene Analogie des von dem einen der Herren ertheilten iussus zur Abschließung eines Rechtsgeschäftes. Sie würde einen Sinn nur in dem Falle haben, wenn der gemeinschaftliche Sklave beim Schatzfund in Ausführung eines Auftrages des Miteigentümers, dem das Grundstück gehört, gehandelt hätte.

Und da tritt uns sogleich eine Unterscheidung entgegen. Zunächst: der Herr, welcher den Schatz in seinem Grundstücke vermutet, erteilt dem Sklaven den Befehl, ihn zu heben. Kein Zweifel, daß der andere Miteigentümer einen Anteil von der dem Finder zustehenden Hälfte hier nicht erwerben würde; denn auch

---

[6] Das „vel" ist schwerlich mit Mommsen zu streichen; denn sonst würde der iussus auf die Stipulation, die nominatio auf die traditio beschränkt sein, während bei Beibehaltung des „vel" die nominatio sich ebenso auf das stipulari wie auf das p. trad. accipere bezieht. Es ist jedoch nicht ganz ausgeschlossen, daß die Worte „vel nominatim alteri" ein Glossem sind.

[7] Beifall hat diese Interpretation gefunden bei Giphanius ad h. l. Lect. Altorph. p. 389.

[8] Czyhlarz in Glücks Komment. Ser. B. 41. 42. T. 1. S. 238 geht an der Entscheidung ohne jedes Bedenken vorbei.

der zur Aufdeckung des Schatzes gedungene Freie könnte hier nicht die dem Finder zukommende Hälfte beanspruchen. Beide hätten nicht suo nomine, sondern für den Grundeigentümer, in dessen Auftrag sie handelten, den Schatz gehoben.[9] So jedenfalls, wenn der Auftrag speziell darauf gerichtet war, den vermuteten Schatz ans Tageslicht zu bringen; da kann es auf die besondere Absicht des Beauftragten, also auf den Willen, für sich zu handeln, nicht ankommen. Hätte dagegen der Eigentümer des Grundstückes blos die betreffende Arbeit als solche aufgetragen, z. B. befohlen, an bestimmter Stelle zu graben, das Mauerwerk aufzureißen u. dgl. m., unter Verschweigung des Zweckes, den er verfolgte, so würde sich dies anders verhalten und die dem Finder zukommende Hälfte würde von dem Beauftragten bezw. von dem anderen Miteigentümer des Sklaven zu dem entsprechenden Anteile beansprucht werden können, obwohl hier freilich Zweifel erhoben werden könnten. Dasselbe muß nun erst recht dann gelten, wenn der Sklave zufällig bei Gelegenheit einer anderen ihm aufgetragenen Arbeit oder Verrichtung, oder gar ohne eine solche den Schatz findet.[10] Hier den Eigentümer des Grundstückes den Schatz allein erwerben zu lassen, würde allen sonstigen Rechtsprinzipien widersprechen; wenigstens ist der juristische Gesichtspunkt, der den anderen Miteigentümer ausschlösse, noch nicht entdeckt.[11]

Wenn wir nun beachten, daß Tryphoninus im weiteren Fortgang der Stelle beim servus fructuarius einige von den hervorgehobenen Momenten selbst in Erwägung zieht, so drängt sich die Vermutung auf, daß unser § 2 durch die Kompilatoren verstümmelt worden ist. Entweder vor oder nach dem Satze: quod magis dici poterit sind die Ausführungen weggelassen, durch welche die Entscheidung auf einen bestimmten Fall beschränkt wurde. Und welcher Fall dies war, darüber kann nach den

---

[9] Freilich sagt Tryph. l. 63 § 3 cit.: nemo servorum opera thesaurum quaerit; das bezieht sich aber auf den Fall, wenn der Sklave zu einer andern Arbeit angestellt war. Vgl l. 6 de don. 39, 5.

[10] l. 63 §. 3 cit. — subito in abdito loco positum nihil agens, sed aliter ambulans invenit; — nec ea propter tunc terram fodiebat, sed alii rei operam insumebat et fortuna aliud dedit.

[11] Eine Rechtfertigung versucht de Man de thesauro § 10 (Oelrichs Thes. diss. vol. I. tom. 2 p. 327) aus der Accessionsnatur des Schatzes zu erbringen, aus welcher sich ergebe, daß der Sklave nur für den Grundeigentümer thätig gewesen sei.

früheren Erörterungen wohl kaum ein Zweifel bestehen: es ist der, wenn der das Grundstück besitzende Miteigentümer dem gemeinschaftlichen Sklaven diejenige Arbeit aufgetragen hat, die zur Auffindung des Schatzes führte oder sie gar bezweckte. Hier hatte der Sklave seine Thätigkeit, die den Schatzerwerb zur Folge hat, auf Befehl des einen Herrn und im alleinigen Interesse desselben entfaltet, und dieser opera servi den Schatz erworben. Über einen solchen Fall ließ sich wohl debattieren. So gab denn Tryphoninus auf die aufgeworfene Frage nur eine hypothetische Entscheidung. Wenn die Kompilatoren jenes die Entscheidung limitierende Räsonnement des Juristen wegschnitten, so ist dies Verfahren leicht erklärlich. Denn da sich in dieser Deduktion einiges mit den im § 3 folgenden Ausführungen Übereinstimmende fand, so mochten sie, während letztere nicht fehlen konnten, erstere für überflüssig halten und nur eine „supervacua longitudo" zu beseitigen glauben.

II. Schwierigkeit macht der Erbschaftserwerb durch den gemeinschaftlichen Sklaven.[12] Wenn der Sklave infolge des iussus der Miteigentümer die ihm deferierte Erbschaft antritt, so erwirbt er sie allen nach Verhältnis ihrer Eigentumsquoten. (§ 2. J. de her inst. 3, 14: Servus plurium, cum quibus testamentifactio est, ab extraneo institutus heres unicuique dominorum, cuius iussu adierit, pro portione dominii adquirit hereditatem.) Hat nur der eine Herr den iussus erteilt, so wird ihm einstweilen auch blos die seinem Anteil entsprechende Quote der Erbschaft erworben; was die übrigen Quoten anbetrifft, so befindet sich deren Erwerb in der Schwebe. Dabei hat man aber daran festzuhalten, daß durch den Erbschaftsantritt, wenn auch nur auf Geheiß des einen der Herren, der Erwerb der ganzen Erbschaft, bezw. des ganzen hinterlassenen Erbteiles selbst entschieden ist; eine Ungewißheit besteht nur darüber, wer die übrigen Quoten erwerben wird. Wenn die anderen Herren den iussus nicht erteilen, so fallen diese Quoten von selbst demjenigen zu, mit dessen Ermächtigung der Sklave angetreten hat.

> l. 67 de A. v. O. H. 29, 2. Ulpian. l. 1. regul. — Servus communis ab extero heres institutus si iussu unius adierit hereditatem, non pro maiore parte

---

[12] Vgl. Mandry, Familiengüterrecht I. S. 98 fg. 102 fg. 105 fg.

interim heredem eum facit quam pro dominica; deinde ceteris sociis non iubentibus tacito iure partes ei adcrescunt.

Soweit verhält es sich mithin nicht anders wie bei der Erbeinsetzung mehrerer Personen. So ist denn auch bei der Einsetzung eines gemeinschaftlichen Sklaven die Möglichkeit eines mehrmaligen, zu verschiedenen Zeiten erfolgenden Erbschaftsantrittes anerkannt, aber nicht etwa als Folge der testamentarischen Berufung, sondern weil er eben im Rechte mehrerer Herren steht. Strenge genommen müßte man sagen: da nicht die Herren eingesetzt sind, sondern eben der Sklave selbst, so kann die Erbschaft auch nur einmal angetreten werden. Tritt sie doch der Sklave nicht im Namen des einen oder anderen seiner Herren, sondern im eigenen Namen an, wie dies in der Formel der cretio scharf hervortritt. Demzufolge müßte mit dem Antritt eigentlich so lange gewartet werden, bis alle Herren den iussus erteilt oder die übrigen ihn versagt haben. Da nun aber eine gesetzliche Frist für die Erteilung des iussus ebensowenig wie für die Erbschaftsantretung besteht, so liegt es auf der Hand, daß, wenn man an jenem Erfordernis festgehalten hätte, durch Zögerung des einen Herrn der Erbschaftserwerb für die übrigen leicht illusorisch gemacht wäre. Oder aber man müßte durch die Antretung auf Grund des iussus des einen Herrn diesen allein die Erbschaft erwerben lassen, so daß die übrigen durch die Antretung nun ausgeschlossen würden. Damit wäre für die Erteilung des iussus eine relative präklusivische Frist gesetzt, indem man diejenigen, die nicht vor erfolgtem Erbschaftsantritt gleichfalls den Sklaven ermächtigten, praktisch so behandelte, als hätten sie die Ermächtigung versagt. Das wäre freilich ein recht wirksames Mittel gewesen, um schnell Gewißheit über die Erbverhältnisse zu schaffen und jeder Saumseligkeit vorzubeugen, welches aber die berechtigten Interessen der Herren des Sklaven in unbilligster und willkürlichster Weise verletzt und der Intrigue Thür und Thor geöffnet hätte. So mußte man denn aus praktischen Gründen von der Konsequenz absehen. Darauf kommt auch hinaus die Ausführung in l. 68 eod.

Paulus l. 5. ad l. Jul. et Pap. Popp. Cum solus servus heres institutus sit, sicut licet uno tempore omnium dominorum iussu adire hereditatem, ita et separatis temporibus singulorum iussu recte adit:

nam quod[13] saepius adit, non ex testamento, sed ex iure dominorum venire utilitatis causa videtur, ne alterius festinatione alterius ius laedatur.

Aber daran wird festgehalten werden müssen, daß der mehrmalige Erbschaftsantritt immer nur die Bedeutung hat, die Wirkung des Erbschaftserwerbes in Beziehung auf die mehreren Herren des zur Erbschaft berufenen Sklaven, welcher durch den ersten Antritt bereits Erbe geworden ist, zu bestimmen. Das Verhältnis ist mithin ein ganz anderes, als wenn die Herren selbst zu Erben eingesetzt wären, obschon Gaius II § 87[14] die Gleichstellung beider Fälle bei oberflächlicher Betrachtung zu rechtfertigen scheint. Leicht könnte auch die Formulierung „servus communis duorum personam sustinet" zu der schiefen Auffassung verleiten, als ob wir das Verhältnis, ebenso zu beurteilen hätten, als wäre ein Sklave des A, ein Sklave des B, ein Sklave des C zum Erben eingesetzt. Man darf dabei aber nicht übersehen, daß dieser Sklave doch immer eine einheitliche Person bleibt. Der gemeinschaftliche Sklave ist und bleibt also der alleinige Berufene. Daraus ergeben sich wichtige Folgesätze. So ist, wenn einer der Herren den iussus versagt oder repudiiert, die testamenti factio verliert, oder keine Kapazität besitzt, die Kaduzität der auf ihn entfallenden Quote ausgeschlossen.[15] Ferner wenn neben dem gemeinschaftlichen Sklaven ein dritter zum Erben eingesetzt ist und der eine Miteigentümer keinen iussus erteilt, so würde die betreffende Quote den übrigen Miteigentümern verbleiben, nicht aber dem dritten Erben accrescieren. Von einer eigentlichen Accrescenz kann hier überhaupt gar nicht gesprochen werden. Ebensowenig, wie jemand seinen Erbteil pro parte adquirere pro parte repudiare, oder den einen Erbteil annehmen den anderen ausschlagen kann, ist es möglich, daß der Erbteil

---

[13] So emendiert statt quia mit Recht Mommsen, wie auch schon Haloander liest; letzterer schiebt zwischen adit und non noch ein id ein, was entbehrt werden kann.

[14] — hereditas nobis adquiritur proinde atque si nos heredes instituti essemus.

[15] Mißverstanden ist l. 68 cit. von Heineccius comm. ad l. Jul. et Pap. Lips. 1778 p. 306, welcher aus den Worten „non ex testamento, sed ex iure dominorum venire videtur" ableitet, daß es hier so angesehen werden müsse, als ob die einzelnen Herren des Sklaven pro parte dominica zu Erben eingesetzt wären, woraus sich dann weiter ergebe, daß beim Wegfall einzelner Miteigentümer deren Erbportionen eigentlich kaduk werden müßten.

des gemeinschaftlichen Sklaven zu einem Teil abgelehnt werde und ausfalle. Diesen Gesichtspunkt festzuhalten, ist deshalb von Wichtigkeit, weil eine Konjunktion zwischen den Miteigentümern — wenigstens nach proculianischer Auffassung — nicht stattfindet.

Erlangt der Sklave, der auf Geheiß des einen Herrn bereits angetreten hat, vor der Erteilung des iussus seitens des anderen Herrn, oder bevor er dem erteilten iussus Folge geleistet hat, die Freiheit, so kann er nun noch die Erbschaft für sich antreten.

> l. 64 eod. Javolenus l. II. ex poster. Labeonis. Servus duorum heres institutus et adire iussus,[16] si alterius domini iussu adierit, deinde manumissus fuerit, poterit ipse adeundo ex parte dimidia heres esse.

Wird die Erbschaft von dem Freigewordenen nicht angetreten — und ebenso verhält es sich, wenn der andere Eigentümer seinen Anteil am gemeinschaftlichen Sklaven veräußert hat und der neue Herr den iussus versagt — so verbleibt auch hier dem ersteren Herrn die ganze Erbschaft, bezw. der ganze Erbteil, auf den der Sklave berufen war.[17] Das konnte allerdings, wie es scheint, zu

---

[16] Mommsen streicht die Worte: et—iussus; das Richtige scheint Lenel, palingen. I p. 301 zu treffen, indem er annimmt, daß Javolenus von einem heres cum cretione institutus gehandelt und die Kompilatoren adire und adierit für cernere und creverit gesetzt haben. Seine weitere Vermutung aber, daß das folgende adeundo ein Zusatz der Kompilatoren sei, ist unbegründet. Vielmehr liegt entweder auch hier eine Interpolation für cernendo vor, oder adeundo gehört dem ursprünglichen Text an, wenn man mit Lenel, paling. I p. 1040 n. 1 annimmt, was allerdings sehr wahrscheinlich ist, daß es einer wiederholten formellen cretio nicht bedurfte.

[17] Der Freigewordene erwirbt nun nicht etwa von selbst aus der früheren iussu domini erfolgten Antretung den betreffenden Erbteil. Es verhält sich in dieser Beziehung nicht anders wie in dem Falle, wenn ein Sklave auf den einen Erbteil pure auf den andern sub condicione eingesetzt ist, und nachdem er den ersteren angetreten hat, frei wird. Die viel erörterte Frage hinsichtlich der Wirkung des Erbschaftserwerbes bei mehrfacher Berufung darf uns hier freilich nicht beschäftigen. (S. d. Litteratur bei Dernburg, Pandekten III § 162 Anm. 5. Arndts, Pandekten § 517 Anm. 4.) Aber an zwei Quellenstellen kann hier nicht vorbeigegangen werden. Zunächst die mit l. 68 cit. vielleicht in unmittelbarem Zusammenhange stehende l. 80 § 2 eod. (Paul. l. V. ad l. Jul. et Pap.): Si servus meus ex parte heres institutus sit pure, ex parte sub condicione (dato scilicet coherede) et iussu meo adierit, deinde eo manumisso condicio alterius portionis exstiterit, verius est non mihi esse adquisitam illam portionem, sed ipsum comitari. Die eingeklammerten Worte machen den Eindruck eines Glossems, das freilich die Voraussetzung richtig angiebt. Denn wäre der Sklave zum alleinigen Erben eingesetzt, so würde er durch seinen Antritt sofort die ganze Erbschaft dem

praktischen Unzuträglichkeiten führen. Nicht etwa der Umstand, daß allein schon die Verzögerung des iussus seitens eines der Herren eine einstweilige Ungewißheit hinsichtlich der Erbverhältnisse bei dem Mangel einer Präklusivfrist notwendig zur Folge haben mußte. Denn dies war ja ein Übelstand, der bei einer

---

Herrn erworben haben (z. B. l. 52 § 1 eod. l. 33 pr. de H. J. 28, 5). Ist aber ein Miterbe vorhanden, so erwirbt der Herr immer nur den bereits deferierten Erbteil und der inzwischen Freigelassene kann nach Eintritt der Bedingung den andern Erbteil antreten oder ausschlagen. Letzterenfalls tritt Kaduzität ein, oder er accresciert dem früheren Herrn und den Miterben. Durch den Erwerb des unbedingten Erbteiles ist der bedingte nicht im voraus miterworben worden: omnia enim paria permanere debent in id tempus, quo alterius portionis condicio existet, ut adquiratur ei, cui prior portio adquisita est. Daß damit l. 35 pr. eod. (Ulpian. l. 9 ad Sabin.) in Widerspruch steht, ist längst erkannt, aber worauf die Entscheidung Ulpians hinauskomme, ist bestritten. Von dem dem Miterben substituierten Teilerben, der seinen Erbteil erworben hat, heißt es: erit heres ex causa quoque substitutionis, quoniam invito quoque ei adcrescit portio. Dann fährt Ulpian fort: idem dico et si filiusfamilias vel servus iussu domini vel patris adierint hereditatem, mox emancipatus vel manumissus ex causa substitutionis adeant. Erunt namque heredes: sunt enim appendices praecedentis institutionis. So wie die Stelle lautet, kann, wie schon die Glosse richtig bemerkt, die Entscheidung gar nicht anders verstanden werden, als daß der Gewalthaber oder Herr auch Erben aus der Substitution werden — nicht etwa bloß wenn, sondern —, auch wenn der frühere Haussohn oder Sklave aus der Substitution antreten. So verstehen die Stelle auch Cujacius, observ. XII. 14 und die bei Schulting not. ad h. l. Genannten. Durch den Antritt erwerben Haussohn und Sklave nicht die Substitutionsportion, sondern der Antritt ist überhaupt unerheblich, da dieselbe ein bloßes Anhängsel der Institutionsportion bildet und schon mit dieser dem Gewalthaber oder Herrn erworben ist. Mommsen nimmt nun eine Interpolation an und vermutet, daß Ulpian geschrieben habe: *non* adeant: erunt namque heredes *nihilo minus*. (Nach unserer Auffassung der Stelle würde der Zusatz nihilo minus den Sinn derselben treffend wiedergeben, wenn man kein non einschiebt. Übrigens wäre es nicht unmöglich, daß hinter heredes ausgefallen ist: ex causa quoque substitutionis.) Diese Vermutung hat auch bei Mandry a. a. O. S. 113 Beifall gefunden. Aber sie ist ganz unannehmbar. Einmal wird sie schon durch den dem „idem dico" vorangehenden Satz ausgeschlossen. Sodann ist der Gedanke, daß der emancipatus oder manumissus ohne, ja wider ihren Willen die Substitutionsportion erwerben, während sie doch iussu patris vel domini aus der Institution angetreten haben und juristisch gar nicht mehr dieselben Personen sind, dem Juristen wohl kaum zuzumuten. Die Meinung Mandrys, daß nach dem vorliegenden Texte der l. 35 und auch der l. 80 § 2 cit. der emancipatus und manumissus zur Antretung der anderen Portion genötigt werden können, bedarf keiner Widerlegung. Sehr ansprechend ist die scharfsinnige Konjektur von Lenel, palingen. II p. 1040 n. 1, daß die Kompilatoren „adierint" für „creverint" gesetzt und vor „adeant" die Worte „omissa cretione" gestrichen haben; aber auch sie scheitert leider an dem vorangehenden „idem dico".

Mehrheit von Delaten überhaupt hervortrat und gegen den die pro herede usucapio, die den Erbschaftsgläubigern zustehende interrogatio in iure nebst dem beneficium deliberandi, sowie die Antretungsfristen der bonorum possessio immerhin Abhilfe bieten mochten. Die Schwierigkeit liegt vielmehr darin, daß durch die Hinhaltung oder Verweigerung des iussus das dem Sklaven aus der Delation erwachsene Recht des Erbschaftserwerbes keineswegs beseitigt wird. Das ist nun freilich bei der Einsetzung eines Gewaltunterworfenen überhaupt der Fall.[18] Aber beim gemeinschaftlichen Sklaven geht hieraus ein widerspruchsvolles Verhältnis hervor. Denn „ceteris sociis non iubentibus“ verbleiben die auf diese fallenden Quoten dem Miteigentümer, mit dessen iussus der Sklave angetreten hat, — und doch, wenn der Sklave hinterher frei wird, „ipse adeundo ex parte heres esse poterit.“ Wodurch wird denn hier Gewißheit darüber hergestellt, ob der Herr, auf dessen Geheiß der Sklave die Erbschaft angetreten hatte, die Erbschaft ganz oder nur zu einem Teile erworben hat? So lange überhaupt noch die Möglichkeit vorhanden ist, daß der Sklave die Freiheit erlangt, würde ja der Erwerb des Erbteiles für ihn selbst nicht ausgeschlossen sein. Dies mußte sich doch, wie es scheint, praktisch in unbequemer Weise

---

[18] Suo arbitrio kann der Gewaltunterworfene (Sklave, Haussohn) die Erbschaft antreten, wenn das Gewaltverhältnis gelöst wird, bevor noch der Gewalthaber den iussus erteilt hat, oder nachdem er ihn bereits erteilt hat. Die Nichterteilung des iussus wird häufig ihren Grund darin haben, daß der Gewalthaber über den Erwerb der Erbschaft noch nicht schlüssig geworden ist — nur darf man hier freilich nicht, wie es die Glosse und die Späteren mitunter thun, von einer Freilassung oder Emanzipation während des Deliberierens sprechen, da beides in logischem Widerspruche miteinander stehen würde —, aber sie fällt nicht zusammen mit Deliberation. Wie aber, wenn der Gewalthaber die Erbschaft repudiiert? Bekanntlich hat nach Ulpian (l. 13 § 3 eod.) die Repudiation des Gewalthabers nur im Falle der Zustimmung des Hauskindes für dieses Wirkung. (Über diesen in seiner historischen Entwickelung zweifelhaften Grundsatz vgl. Mandry S. 107 fg. Pernice, Labeo I S. 165 Z. 7.) Daß aber der Herr die seinem Sklaven deferierte Erbschaft stets einseitig repudiieren konnte, scheint mir nicht zweifelhaft, obwohl freilich l. 1 § 3 de succ. ed. 38, 9 dafür keinen direkten Beweis erbringt. Aber bei alledem bleibt zu beachten, daß non iubere noch nicht immer Versagung des iussus ist, und daß die dem Sklaven gegenüber ausgesprochene Versagung des iussus nicht mit der Repudiation der Erbschaft auf gleicher Linie steht. — Das trifft auch zu, wenn der eingesetzte Sklave veräußert wird und zumal wenn ein mehrmaliger Eigentumswechsel stattfindet (Gai. II, 189. Hinsichtlich der bonorum possessio l. § 9 de b. p. sec. t. 37, 11 l. 5 § 2 qu. ordo 38, 15).

fühlbar machen. Man setze nur, daß ein gemeinschaftlicher statuliber zum Erben ernannt war und auf Geheiß bloß des einen seiner Herren die Erbschaft angetreten hatte. Wenn die Bedingung seiner Freiheit erst nach Jahren sich verwirklicht, konnte man ihm doch die nochmalige Antretung und die hereditatis petitio nicht versagen. Aber auch nach Deficienz der Bedingung konnte er doch noch immer freigelassen werden. Theoretisch stand der Möglichkeit der Antretung und der hereditatis petitio hinsichtlich der betr. Erbquote nichts entgegen, wann auch immer dem Sklaven die Freiheit zu teil werden mochte. War aber eine Erbschaftsantretung iussu alterius domini bisher unterblieben, so hatte der andere Herr des Sklaven allen Grund, sich für den alleinigen Erben zu halten und als solcher über die Erbschaft zu verfügen, ohne daß er auf die entfernte Möglichkeit des Freiwerdens des Sklaven hätte Rücksicht zu nehmen brauchen. Es wurde also, je länger die Erlangung der Freiheit sich hinauszog, auch die Erlangung des fraglichen Erbteiles praktisch desto aussichtsloser.

Wie nun, wenn der zum Erben eingesetzte Sklave einen Substituten hat? Man konnte hier zu verschiedenen Auffassungen gelangen und in der That tritt uns eine Meinungsverschiedenheit auch in den Quellen entgegen. Da mit dem Erbschaftserwerbe des Institutus die Substitution zusammenfällt, so scheint die Konsequenz zu erfordern, daß der Substitut ausgeschlossen ist, sobald der Sklave iussu des einen seiner Herren die Erbschaft einmal angetreten hat. Gilt schon dann, wenn mehreren Erben zusammen substituiert ist, der Grundsatz, daß der Substitut erst nach dem Wegfallen aller Eingesetzten an die Reihe kommt, so wird um so weniger in unserem Falle der Substitut einrücken können. Denn hier haben wir es nicht mit einer Mehrzahl von vorberufenen Erben zu thun, vielmehr ist der Sklave der einzige Delat, mit dessen Antrittserklärung die Berufung ihr Ziel erreicht hat und das Erbverhältniß hergestellt ist, gleichviel wie die Wirkung dieses Erbschaftserwerbes sich gestalten mag. Wenn auch der Sklave den Herrn, auf dessen iussus er angetreten hat „non pro maiore parte interim heredem facit quam pro dominica“, so bedarf es doch keiner neuen Antretung, um ihm den anderen Teil der Erbschaft zu erwerben. Vielmehr bleibt er alleiniger Erbe, wenn die Erbschaft später nicht iussu des anderen Herrn bezw. von dem bereits Freigewordenen für sich angetreten

wird. Es würde somit dem Erfolge nach nicht anders stehen, wie wenn jemand auf mehrere Teile eingesetzt und für den einen ihm substituirt ist, in welchem Falle die Substitution, wenn überhaupt nur die Erbschaft angetreten wird, doch hinfällig wird.[19] Diese Auffassung findet sich in dem der l. 64 cit. (S. 10) angereihten Ausspruch aus

> Paul. l. II. ad Sab.—et si substitutum haberet idem servus ita 'si heres non erit,[20] ille heres esto', substitutus locum non habet. (l. 65 de A. v. O. H.)

Im Zusammenhang mit der vorangehenden Stelle kann dieser Satz nur so verstanden werden, daß in keinem Falle der Substitut eintritt, mag der Freigelassene die Erbschaft antreten oder nicht.[21] Auch im letzteren Falle ist die Bedingung der zweiten Einsetzung ausgefallen; denn „illa verba 'si heres non erit' sic accipiuntur: 'si neque ipse heres erit, neque alium heredem fecerit'“ (§ 4 J. de vulg. subst. 2, 15. l. 41 de H. J. 28, 5. l. 3 C. eod. 6, 24), und zum Erben hat doch der Sklave den ersten Herrn gemacht, auf dessen iussus er antrat.

Die entgegengesetzte Ansicht vertritt Scävola in l. 48 pr. de subst. 28, 6.[22]

> Servum communem habemus, hic heres scriptus est et, si heres non sit, Maevius illi substitutus est; alterius iussu dominorum adiit hereditatem, alterius non: quaeritur, an substituto locus sit an non. Et verius est substituto locum esse.

Der Substitut soll an die Reihe kommen, wenn nur iussu des einen Herrn die Erbschaft angetreten ist; also wenn der andere Herr, oder der mittlerweile freigewordene Sklave repudiiert, so bleibt der erstere blos Teilerbe. Wie ist nun diese

---

19 l. 80 pr. de A. v. O. H. (Paul.).

20 Lenel, paling. I p. 1254 n. 3 findet hier eine Interpolation für „si non creverit“. Ich sehe nicht, was uns zu dieser Annahme nötigen sollte.

21 Aber nicht, daß bloß dann die Substitution ausgeschlossen ist, wenn die Erbschaft vom Sklaven iussu domini oder nach der Erlangung der Freiheit angetreten wird, wie z. B. Cujacius recit. in tit. de substitut. ad l. 30 und Retes (s. Anm. 22) meint.

22 Vgl. Retes in Meerm. thes. VI p. 171, welcher einen Widerspruch zwischen beiden Stellen ebensowenig wie die Übrigen, erkennt, sondern sie so versteht, daß nur im Falle der Repudiation des einen Herrn der Substitut berufen wird. Gemeinhin wird l. 48 pr. cit. von den älteren Interpreten als Hauptbelegstelle für den Satz, daß Substitution der Accrescenz vorgehe, benutzt.

Entscheidung zu begründen und mit dem in l. 80 pr. de A. v. O. H. ausgesprochenen Grundsatze in Einklang zu bringen? Offenbar ist sie hervorgegangen aus der Denkform, daß der gemeinschaftliche Sklave eine Doppelperson darstelle. Er repräsentiert zwei Sklaven, oder so viele als er Herren hat. Berufen ist er als Sklave des A und als Sklave des B, und es muß sich demnach ebenso verhalten, als wenn je ein besonderer Sklave des A und des B eingesetzt wäre. Und wenn man ihn auch so behandeln wollte, als wäre er auf zwei besondere Portionen eingesetzt, so würde der Antritt aus der einen noch nicht den Erwerb der anderen nach sich ziehen; sondern es kann eine mehrmalige Antretung erfolgen, und es wird somit, wenn die zweite unterbleibt, die Substitution in Wirksamkeit treten können. Aber — und darin steckt der Fehler dieser Deduktion, durch welche allein die Entscheidung gerechtfertigt werden könnte — selbst dann, wenn A und B direkt eingesetzt sind und eine Substitution angeordnet ist, würde der Substitut doch erst nach dem Wegfall beider berufen werden. Man müßte daher, wenn für einen gemeinschaftlichen Sklaven eine Substitution angeordnet wird, sagen, es wäre so anzusehen, als ob X als Sklave des A und als Sklave des B eingesetzt und für ihn in der ersten wie in der zweiten Eigenschaft Z besonders substituirt ist. (l. 2 § 8 de b. p. sec. t. 37, 11.)

Werfen wir noch einen Blick auf die Erbeinsetzung des gemeinschaftlichen Sklaven durch einen seiner Herren.[23] Die Erbeinsetzung mit oder ohne Freiheitsertheilung wird dadurch ermöglicht, daß dieser Sklave auch oder bloß zu einem Teile dem Testator gehört; die erstere ist mit Rücksicht auf den eigenen Anteil, die letztere mit Rücksicht auf den Anteil des anderen Miteigentümers giltig.[24] Ist der Sklave ohne Freiheitserteilung zum alleinigen Erben eingesetzt, so versteht sich von selbst, daß er dem anderen Herrn die ganze Erbschaft erwirbt, indem er auf dessen Geheiß antritt. Da nun der Sklave selbst zu der dem Erblasser gehörigen Quote Bestandteil des Nachlasses ist, so erwirbt er durch den Erbschaftsantritt auch diesen, also einen Anteil seiner selber, dem Herrn. Wie aber wenn der Sklave einen Miterben

---

23 Vgl. **Mühlenbruch** in Glücks Komment. T. 39 S. 200 fg.

24 Ulpian. 22, 10. Communis servus cum libertate recte quidem heres instituitur quasi propius pro parte nostra: sine libertate autem quasi alienus propter socii partem. Vgl. l. 3 pr. l. 90 i. fi. de H. J. 28, 5.

hat? Auch dann wird der andere Herr durch ihn den ganzen ihm hinterlassenen Erbteil, also auch die diesem Erbteile entsprechende Quote des Eigentumsanteils des Erblassers erwerben.[25] Nicht aber etwa könnte der Miterbe außer seinem Erbteil noch denjenigen Teil der Erbportion des Sklaven erwerben, welcher der an ihn fallenden Eigentumsquote des Erblassers entsprechen würde. Denn einmal gilt die Erbeinsetzung des gemeinschaftlichen Sklaven nur propter socii partem; und sodann würde der Miterbe ja erst durch den Erbschaftserwerb ein Recht am Sklaven erlangen, und könnte mithin durch ihn als servus hereditarius nichts von der Erbschaft erwerben.

Nicht ganz so einfach gestaltet sich das Rechtsverhältnis, wenn dem zum Erben eingesetzten Sklaven zugleich die Freiheit erteilt ist. Als selbstverständlich wird der Satz ausgesprochen, daß der Anteil des Erblassers an diesem Sklaven dem Miteigentümer accrescierte und letzterer folglich von selbst das Recht erhielte, durch den Sklaven die Erbschaft zu erwerben.[26] Daß ihn die Quellen nicht direkt aussprechen, braucht kaum hervorgehoben zu werden. Da finden wir nur den bekannten Rechtsgrundsatz, daß bei Manumission des gemeinschaftlichen Sklaven durch einen der

---

[25] Das wird von Cujacius ad Paul. sent. III 6 § 4. Schulting ad Ulpian. 22, 7. Mühlenbruch a. a. O. S. 201 nicht erkannt, welche meinen, daß dem Miterben der Anteil, welchen der Erblasser am Sklaven hat, allein zufalle, indem sie unrichtig die bekannte Regel: „per hereditarium servum quod est eiusdem hereditatis heredi adquiri non potest“ auf unsern Fall anwenden. Dann müßte aber auch, wenn der gemeinschaftliche Sklave allein zum Erben eingesetzt war, der Anteil des Erblassers dem socius nicht erworben werden können und es würde schließlich die ganze Erbeinsetzung unwirksam sein. Dies, meint Mühlenbruch, würde auch die Konsequenz jener Regel eigentlich fordern. Dabei ist aber übersehen, daß es sich hier nicht um einen Erwerb durch einen hereditarius servus, sondern durch den dem Erwerber, wenn auch nur zu einem Teil, schon früher gehörigen Sklaven handelt. Durch diesen als eigenen Sklaven erwirbt er die seinem Anteil entsprechende Quote der Erbschaft, damit aber zugleich die ganze Erbschaft; nicht anders wie wenn jemand allein zum Erben, aber blos auf einen Bruchteil eingesetzt ist. Möglich wäre es freilich, wenngleich nicht wahrscheinlich, daß, da die Einsetzung des Sklaven als proprius pro parte testatoris ungiltig ist, hinsichtlich des betreffenden Teiles des Nachlasses auch von einigen Kaduzität geltend gemacht werden mochte. — Hierher gehört auch Paul. l. 1 § 18 de A. P. 41, 2 — si servum communem iussero adire hereditatem, .. propter partem meam adquiro. (vgl. § 16 ib.) Vorausgesetzt ist offenbar, daß der gemeinschaftliche Sklave mitsamt einem dritten zum Erben eingesetzt ist. Vgl. über die Regel überhaupt Schmidt, Persönlichkeit des Sklaven S. 35 fg.

[26] Mühlenbruch a. a. O. S. 200.

Herren der Anteil desselben dem Miteigentümer accresciert, ferner daß letzterer in gewissen Fällen genötigt werden kann, seinen Anteil zu verkaufen, was dann Justinian unter Aufhebung des alten Accrescenzrechtes zur allgemeinen Regel erhoben hat.[27] Aber weiter, was schwerer wiegt, es findet sich keine Entscheidung, aus der sich jener Satz ableiten ließe, keine Deduktion, die eine noch so versteckte Anspielung auf ihn enthielte.[28] Aus dem Schweigen der Quellen ließe sich freilich noch kein Gegenbeweis führen. Vielleicht folgt der aufgestellte Satz mit innerer Notwendigkeit aus dem Accrescenzrecht bei der Manumission eines gemeinschaftlichen Sklaven? Sehen wir zu! Die Freiheit erlangt der im Testament freigelassene Sklave nur, wenn die Erbschaft aus dem Testament erworben wird. Einzig unter dieser Voraussetzung könnte auch eine Accrescenz an den Miteigentümer beim gemeinschaftlichen Sklaven stattfinden. Hat nun der Erblasser den ihm allein gehörigen Sklaven für frei erklärt und zugleich zum Erben eingesetzt, so wird man unterscheiden müssen, ob er einen Miterben hat oder nicht. Letzterenfalls ist das Freiwerden ex testamento notwendig an das Erbewerden geknüpft; beides fällt in einen Moment zusammen und einzig als necessarius heres erlangt er die Freiheit.[29] Handelt es sich um einen gemeinschaftlichen Sklaven, so würde der testamentarischen Freilassung auch nur unter Voraussetzung des Erbschaftserwerbes überhaupt rechtliche Bedeutung zukommen; genauer noch, wenn im Augenblicke des Todes des Erblassers der Sklave Erbe wird. Dies ist aber nicht möglich, da er doch nicht die Freiheit erlangt hat. Es ergiebt sich somit, daß die ganze Verfügung, Erbeinsetzung wie Freilassung,

---

[27] Ulpian. I, 18. Dositheus § 10. Paul. IV, 12 § 1. § 4 J. de donat. 2, 7. l. 1 C. de servo comm. 7, 7.

[28] Auf l. 18 pr. de subst. 28. 6. (Ulp. Julian.) cfr. l. 6 § 3 de H. J. 28, 5 wird man sich nicht berufen wollen. Aus dem Schlußsatze ließe sich ebensogut herauslesen, daß der Regel nach die Pupillarsubstitution hier keinen Erfolg habe. Es kann aber auch jener ganze Satz mit Rücksicht auf l. 1 C. cit. interpoliert sein, vgl. Lenel, paling. II. p. 1056 n. 4.

[29] Damit soll natürlich nicht gesagt sein, daß umgekehrt der Erbschaftserwerb die Erlangung der Freiheit ex testamento zur Voraussetzung habe, oder die Erbeinsetzung durch letztere bedingt sei, so daß der Eingesetzte nur als necessarius heres berufen wäre; vgl. Gaius II, 188. Ulp. 22, 11. 12. l. 9 § 16 sqq. l. 38 § 2. 3. l. 51 pr. l. 52 § 1 de H. J. 28, 5 — l. 71 § 1 de A. H. 29, 2. l. 3 § 3 l. 85 de H. J. — l. 91. l. 55 eod. l. 48 § 2 de subst. 28, 6, aus welchen Stellen sich aber auch ergiebt, daß hinsichtlich einiger Fälle Zweifel bestanden.

hinfällig ist. Erst mit dem Erbschaftserwerbe, der doch nur iussu des Miteigentümers stattfinden könnte, würde überhaupt erst die Freilassung in Wirksamkeit treten, also die Accrescenz herbeiführen können; iussu des Miteigentümers könnte der Sklave aber die Erbschaft erst antreten, nachdem die Accrescenz stattgefunden hat. Das ist nun offenbar perplex.[30] Zu dem Satze, daß dem Miteigentümer die Erbschaft zufalle, kann man also von der Accrescenz aus nicht gelangen, sondern nur auf dem Wege, daß man entweder die Freierklärung überhaupt streicht, so als ob der Erblasser den gemeinschaftlichen Sklaven eben in seiner Eigenschaft als alienus eingesetzt hätte,[31] oder daß man die Erbeinsetzung trotz der unwirksam gewordenen Freierklärung

[30] Daran, daß durch den Sklaven der Miteigentümer necessarius heres des Erblassers werden könnte, ist natürlich nicht zu denken. Ich hebe dies bloß deshalb hervor, weil die Deduktionen von Fitting, pecul. castr. S. 112 fg. schließlich dahin führen würden. Widerlegt werden dieselben durch Pap. (Jul.) l. 77 de H. J. 28, 5 und Ulp. l. 22 de don. i. vir. 24, 1, welche Stellen den Satz, daß Erbeinsetzung eines eigenen Sklaven ohne Freiheitserteilung stets unzulässig ist, nur bestätigen. Es handelt sich um die Erbeinsetzung des der Frau mortis causa geschenkten Sklaven durch den Ehemann. Daß diese Einsetzung nur cum libertate geschehen könne, gilt als selbstverständlich; denn der Sklave gehört gegenwärtig dem Manne. Es fragt sich nur, ob der Sklave liber et necessarius heres des Erblassers werde. Dafür spricht, daß er im letzten Lebensaugenblicke des Erblassers noch diesem gehört. Dagegen, daß er sofort mit dem Tode in das Eigentum der Ehefrau kommt. Da nun aber die mortis c. don. durch die Fortdauer des Willens des Schenkers bedingt ist, so wird von Ulpian alles darauf abgestellt, ob in der Einsetzung ein Widerruf der Schenkung ausgedrückt sei, oder nicht. Wird erst nach der Einsetzung der Sklave geschenkt, so „donatio praevalebit"; also der Sklave kann nicht frei werden, weil in demselben Moment, in welchem die Einsetzung in Wirksamkeit treten würde, die Schenkung perfekt geworden ist. Daß die formale Rechtslogik auch zur umgekehrten Entscheidung führen würde, liegt auf der Hand; maßgebend ist hier die Rücksicht auf den Willen des Schenkers. Übrigens ist wohl zu beachten, daß Ulpian nicht bloß der Freiheitserteilung, sondern auch der Erbeinsetzung die Wirksamkeit abspricht, mithin gar nicht auf den Gedanken verfällt, daß die beschenkte Ehefrau durch den Sklaven als voluntarius heres die Erbschaft erwerben könnte. Ebensowenig kann natürlich der Sklave liber et (necessarius) heres werden, wenn er mit dem Tode des Erblassers ohne dessen Willen in das Eigentum eines andern kommt, wie z. B. wenn er per vindicationem einem dritten „cum heres morietur" vermacht war; aber auch hier würde die Erbeinsetzung überhaupt zusammenfallen. Dagegen könnte im Falle der l. 4 qui. si. man. 40, 8 und l. 11 pr. de leg II. der mit oder ohne Freiheitserteilung zum Erben eingesetzte die Erbschaft als voluntarius heres erwerben.

[31] Paul. III. 4b. § 7: Servus alienus cum libertate heres institutus institutionem non infirmat: sed libertas ut alieno supervacue data videtur. Vgl. l. 50 pr. de H. J. 28, 5.

aufrecht erhält, da der Sklave nur pro parte dem Erblasser gehört (vgl. Anm. 29). Das erstere verbietet sich von selbst; bei dem letzteren Verfahren können wir allerdings mit dem Willen des Erblassers in Widerspruch geraten, aber es ließe sich juristisch wohl begründen. Denn es steht ja beim Tode des Erblassers fest, daß der Sklave nicht frei geworden ist. Mithin würde der Miteigentümer, auf dessen iussus der Sklave antritt, durch ihn die Erbschaft erwerben, und mit dieser auch den zu ihr gehörigen Anteil des Erblassers am Sklaven selber. Möglich, daß man in der That die Sache so auffaßte. Von einer Accrescenz konnte hier aber jedenfalls nicht die Rede sein. So ist es denn auch nicht ausgeschlossen, daß schon Ulpian in l. 18 pr. de subst. 28, 6 (s. Anm. 28) auf den Ausweg verfiel, dem Sklaven, als servus hereditarius, das Recht einzuräumen, sich von dem anderen Herrn loszukaufen.

Anders steht es, wenn der Sklave einen Miterben hat. Gilt auch hier der Grundsatz „servus a semet ipso libertatem accipit",[32] so wird durch ihn doch nicht ausgeschlossen, daß, wenn die Erbeinsetzung aus irgend einem Grunde zusammenfällt, die Freiheitserteilung durch den Erbschaftsantritt des Miterben aufrecht erhalten wird.[33] So würde denn durch ihn, wenn es sich um einen gemeinschaftlichen Sklaven handelt, die Manumission in Wirksamkeit treten und der Anteil des Erblassers dem Miteigentümer accrescieren. Andererseits aber ist der Erwerb des Erbteiles ganz unabhängig von der Accrescenz. Da der Sklave die Freiheit nicht erlangt, so kann der Miteigentümer sofort den iussus zur Antretung erteilen. Hätte der Miterbe die Erbschaft bereits abgelehnt, so würde es sich ebenso verhalten, wie in dem Falle, wenn der Sklave zum alleinigen Erben eingesetzt war.

III. Das dem gemeinschaftlichen Sklaven hinterlassene Vermächtnis fällt den Herren zu nach Verhältnis ihrer Anteile.

> l. 50 pr. de leg. I. Ulp. l. 24 ad Sab. Si servus plurium sit, pro dominii portione legatum ei relictum adquiret.[34]

---

[32] l. 58 de A. H. 29, 2. l. 6 § 4 de H. J. 28, 5.

[33] l. 21 § 1. l. 22 eod. l. 2 §. 3 de statulib. 40, 1. l. 14 de manum. test. 40, 4.

[34] Will man die Stelle emendieren, so wird es am einfachsten sein, vor „adquiret" einzuschieben „eis", oder „adquirent" zu schreiben; es kann auch hinter „sit" ausgefallen sein „singulis".

Auch hier muß man davon ausgehen, daß als Legatar, d. h. als der eigentliche und unmittelbar Honorierte der Sklave anzusehen ist, daß aber der Erwerb des Vermächtnisses mit allen seinen Wirkungen (Eigentum, Forderungsrecht) in der Person desjenigen eintritt, welcher die legati cedente den Sklaven in seiner potestas hat.[35] Und zwar wird das Vermächtnis dem Herrn ohne Wissen und Wollen durch den Sklaven erworben, nur daß dieser Erwerb ein definitiver erst wird, wenn der Herr es nicht repudiiert. Da ein Vermächtnis niemand aufgedrungen werden kann, so konnte auch darüber niemals ein Zweifel obwalten, daß es jedem der mehreren Herren freistehe, das Vermächtnis zu seinem Teile abzulehnen oder anzunehmen. Nun haben wir es doch aber mit einem einheitlichen Vermächtnis zu thun und so würde die Ablehnung seitens des einen der Herren scheinbar der Regel „legatum pro parte adquiri, pro parte repudiari non potest" widersprechen. Allerdings steht nichts entgegen, daß von den Erben des nach dem Anfalle des Vermächtnisses verstorbenen Legatars der eine das Vermächtnis annimmt, der andere ablehnt.[36] Aber da konnte wohl auch kaum ein Bedenken aufsteigen; denn hier waren schon vor dem Erwerbe mehrere an die Stelle des Honorierten getreten, so daß damit zugleich das eine Vermächtnis sich in mehrere gespalten hatte und es so angesehen werden mußte, als wäre jedem dieser Erben ein seiner Erbportion entsprechender Teil desselben Vermächtnisgegenstandes hinterlassen worden. Anders in unserem Falle, wo doch zur Zeit des Vermächtniserwerbes nur ein Honorierter (der Sklave) und ein Vermächtnis vorhanden ist. Julian legte sich das Verhältnis so zurecht, daß hier der gemeinschaftliche Sklave die Stellung von zwei Sklaven einnehme.

> l. 81 § 1 de leg. I. (Jul. l. 32 digest.) Si servo communi res legata fuisset, potest alter dominus agnoscere legatum, alter repellere: nam in hanc causam servus communis quasi duo servi sunt.[37]

---

[35] Ich kann hier lediglich auf Mandry a. a. O. I. S. 98 fg. 142. verweisen.

[36] Pomp. l. 38 pr. de leg. I. Legatarius pro parte adquirere, pro parte repudiare legatum non potest: heredes eius possunt, ut alter eorum partem suam adquirat, alter repudiet.

[37] Eine andere Anwendung dieser Formel in l. 1 § 4 de stip. serv. 45, 3, worüber später; vgl. auch oben S. 9.

Es würde demnach so anzusehen sein, als ob dem Sklaven des A und dem Sklaven des B legiert wäre, so daß ersterer das Vermächtnis annehmen, letzterer es repudiieren könnte. Daß diese Formulierung eine juristische Begründung enthalte, wird niemand behaupten wollen. Wenn jeder der Herren für sich das Vermächtnis ablehnen kann, so ist dies eine einfache Konsequenz des Umstandes, daß es durch den Sklaven jedem zu einem Anteil erworben wird. Auch macht Julian mit der Anwendung seiner Formel nicht vollen Ernst. Denn behandelt man den gemeinschaftlichen Sklaven als zwei Sklaven, denen zusammen legiert ist, so müßte das Vermächtnis den Herren eigentlich immer zu gleichen Teilen anfallen, wenn man nicht sagen wollte, daß jedem dieser Sklaven ein der Eigentumsquote des Herrn entsprechender Teil des Vermächtnisses hinterlassen sei. Augenscheinlich liegt es aber auch Julian selbst ganz fern, seine Formel für die Frage nach der Wirkung des Vermächtniserwerbes zu verwerten; die Reserve „in hanc causam" ist nicht ohne Grund hinzugefügt.

In nahem Zusammenhange damit steht eine andere Frage. Wenn das Vermächtnis an den gemeinschaftlichen Sklaven an die Bedingung, einem dritten eine (teilbare) Leistung zu machen, insbesondere eine Geldsumme zu zahlen, geknüpft ist, kann dann jeder der Herren durch Leistung des seiner Eigentumsquote entsprechenden Teiles die Bedingung erfüllen und damit seinen Vermächtnisanteil erwerben, oder muß von den Herren die Bedingung ganz erfüllt und so das Vermächtnis ihnen zusammen erworben werden? Daß darüber eine Meinungsverschiedenheit bestand, erfahren wir aus l. 44 § 8 de C. et D. 35, 1.

> Paulus l. 9 ad Plautium. Si duorum servo legatum sit sub condicione dandi, non posse per partes condicioni pareri quidam dicunt: sed ego contra puto.[38]

Ist jemand sub condicione dandi eine Sache vermacht, so muß er die Bedingung ganz erfüllen; er kann nicht durch eine Teilleistung einen Teil des Vermächtnisses erwerben.

l. 56 eod. Javol. l. 14 epist. Cui fundus legatus est,

---

[38] Ob der letzte Satz Paulus oder Plautius angehört, bleibt zweifelhaft.

si decem dederit, partem fundi consequi non potest, nisi totam pecuniam numerasset.[39]

War mehreren Personen zusammen unter einer solchen Bedingung das Vermächtnis hinterlassen, so konnte von jedem Legatar die Bedingung zu seinem Anteil erfüllt werden.

l. 54 § 6 eod. Jav. l. II ex Cassio. Duobus eadem res, si heredi centum dedissent, legata est; si alter ex his quinquaginta dederit, partem legati consequetur et pars eius, qui non dederit, alteri cum sua condicione adcrescit.

Aber auch hier mögen sich Bedenken geltendgemacht haben, die sich wohl darauf gründeten, daß nach der herrschenden Auffassung jedem die ganze Sache vermacht war und nur die Konkurrenz jeden auf einen Teil beschränkte. Wenigstens deutet darauf die Art und Weise, wie Javolenus den aufgestellten Grundsatz zu rechtfertigen versucht.[40]

l. 56 cit. — Dissimilis est causa, cum duobus eadem res sub condicione legata est; in hac enim quaestione statim a testamento, quo pluribus condicio adposita est, divisa quoque in singulas personas videri potest, et ideo singuli pro sua parte et condicioni parere et legatum capere possunt: nam quamvis summa universa condicioni sit adscripta, enumeratione personarum potest videri esse divisa.

Wie nun, wenn an die Stelle des einen Legatars mehrere Personen treten? Diesen Fall entscheidet Javolenus, indem er fortfährt:

In eo vero quod uni sub condicione legatum est, scindi ex accidenti condicio non debet, et omnis numerus eorum, qui in locum eius substituuntur, pro singulari persona est habendus.[41]

---

[39] Es ist die Stelle von Arndts in Glücks Komm. T. 48 S. 80 offenbar mißverstanden, wenn er sie auf Kollegatare bezieht, indem dem einen unter einer Bedingung, dem andern pure die Sache vermacht sein soll.

[40] Daß Javolenus dabei zugleich den Willen des Testators und praktische Rücksichten in Betracht ziehen mag, kann ohne weiteres zugegeben werden; aber darauf allein scheint mir seine Entscheidung nicht gegründet zu sein, wie Arndts a. a. O. S. 79 annimmt.

[41] Auch diesen Satz bezieht Arndts a.a.O. S. 80 Anm. 97 auf den Fall, wenn dem einen Kollegatar pure, dem andern sub condicione vermacht ist,

Die Bedingung muß also auch hier ganz erfüllt werden, durch teilweise Leistung wird für den einzelnen das Vermächtnis nicht pro parte erworben. Das findet zunächst auf den Fall Anwendung, wenn auf das kaduk gewordene Vermächtnis mehrere Anspruch erheben, oder wenn dem Legatar mehrere substituiert sind. Aber der Entscheidungsgrund würde auch bei dem Vermächtnis, das einem gemeinschaftlichen Sklaven hinterlassen ist, zutreffen. Denn auch da ist „uni legatum" und nur ein Vermächtnis vorhanden, während Paulus Entscheidung in l. 44 § 8 cit. aus der Auffassung, daß das Vermächtnis mehreren hinterlassen ist, oder gar daß mehrere Legate angeordnet sind, hervorgehen würde.

Die Miteigentümer erwerben also durch den gemeinschaftlichen Sklaven, oder noch richtiger, dieser erwirbt seinen Herren das Vermächtnis pro parte dominica: dies war ein völlig feststehender Rechtsgrundsatz. Eine Meinungsverschiedenheit trat nun aber bei der Frage hervor, ob, wenn der eine Herr das Vermächtnis (Vindikationslegat) ausschlägt, sein Anteil dem anderen zufalle. Auf das entschiedenste erklärt sich Celsus dagegen in der bekannten l. 20 de leg. II.

> Et Proculo placebat et a patre sic accepi, quod servo communi legatum sit, si alter dominorum omitteret, alteri non adcrescere: non enim coniunctim sed partes legatas. Nam ambo si vindicarent, eam quemque legati partem habiturum, quam in servo haberet.

Es ist keine zu gewagte Annahme, daß wir es hier mit einem Lehrsatz gerade der proculianischen Schule, dem die Sabinianer widersprachen, zu thun haben.[42] Keine Accrescenz ohne Konjunktion; eine Konjunktion aber nur, wenn „partes concursu fiunt".[43] Das ist unwiderleglich, wenn man zugiebt, daß jedem

---

und paraphrasiert „ex accidenti": — „wegen des Umstandes, daß ersterer Kollegatar die vermachte Sache letzterem zur Hälfte entzieht."

[42] Eine Schulkontroverse wird heute wohl ziemlich allgemein angenommen. Mit großer Entschiedenheit und trefflicher Begründung wird diese Annahme von Cujacius ad h. l. in recitt. intit. de legat. II. und ad l. 81 § 1 de leg. I. in comm. ad l. 32 digest. Jul. durchgeführt. Dafür auch Dirksen, Beiträge S. 109. Vgl. Arndts a. a. O. S. 25 fg. und ältere Litteratur bei Glück, Komm. T. 9 S. 165.

[43] Cels. l. 80 de leg. III. Vat. fgmt. § 79 = l. 3 pr. de usufr. adcr.

der Herren nur ein seiner Eigentumsquote entsprechender Teil legiert worden ist, also daß mehrere Vermächtnisse vorliegen. Auch mit der Julianischen Formel der duo servi wäre der Satz noch zur Not vereinbar, wenn auch nicht im Sinne Julians selber. Es kann nicht fraglich sein, daß die Kompilatoren die Meinung der Proculianer rezipiert haben. Dennoch haben sich Spuren der entgegengesetzten Auffassung erhalten. Die eine — überdies unsichere — ziemlich versteckt in l. 40 eod. Javolenus behandelt hier den Fall, daß zwei Sklaven desselben Herrn dieselbe Sache vermacht ist. Lehnt er bloß für den einen Sklaven das Vermächtnis ab, so verbleibt es ihm doch ganz und wird nicht etwa zu einem Teil kaduk, weil er den jenem Sklaven zugefallenen Teil des Vermächtnisses schon durch den anderen Sklaven erwirbt.[44] Dieser Begründung fügt der Jurist hinzu: „perinde ac si meo et alterius servo esset legatum". Es wird allerdings am nächsten liegen, diesen Satz von einem gemeinschaftlichen Sklaven zu verstehen, dessen anderer Herr das Legat nicht annimmt; schon aus dem Grunde, weil hier die Analogie auch hinsichtlich der Kaduzität erst recht zutreffend wäre. Aber es ist auch nicht ausgeschlossen, daß der Jurist an zwei Sklaven gedacht hat. Das andere, schon längst erkannte Zeugnis für die sabinianische Auffassung gewährt Ulp. l. 1 § 1 de usufr. adcr. 7, 2 (= Vat. fragm. § 75):[45]

> Apud Julianum l. 35 digest. quaeritur, si communi servo ususfructus sit relictus et utrique domino adquisitus sit, an altero repudiante vel omittente usumfructum alter totum habeat. Et putat ad alterum pertinere; et licet dominis ususfructus non aequis partibus, sed pro dominicis adquiratur, tamen persona ipsius, non dominorum inspecta ad alterum ex dominis pertinere.

Der Widerspruch zwischen dieser Stelle und l. 20 cit. liegt auf der Hand. Mögen sie sich auch im Sinne der Kompilatoren äußerlich vereinigen lassen, so kann doch nicht geleugnet werden,

---

7, 2: totiens ius adcrescendi esse, quotiens in duobus, qui in solidum habuerunt, concursu divisus est.

44 Vgl. l. 55. 58. 59 eod. l. 35 § 2 de A. H. 29, 2.

45 Vgl. über diese Stelle, soweit sie die Accrescenz des ususfructus amissus anbetrifft, Arndts a. a. O. S. 145 fg.

daß den Entscheidungen zwei verschiedene Prinzipien zu Grunde liegen.[46] Nach Julian ist der Erwerb des Vermächtnisses aus der Person des Sklaven, nicht des Herrn zu beurteilen. Wenn auch die Wirkung des Vermächtniserwerbes unmittelbar in der Person der Herren eintritt, so daß jeder eine seinem Eigentumsanteil entsprechende Quote der vermachten Sache erwirbt, so darf man doch nicht übersehen, daß nicht den Herren, sondern dem Sklaven selbst legiert ist. Wenn daher einer der Herren das Legat ausschlägt, so wird es nicht zu einem Teile hinfällig, so daß dieser dem Erben verbliebe oder außer dem Miteigentümer noch einem Kollegatar accrescierte oder kaduk würde, sondern der Erwerb aus dem Legat bezieht sich dann ausschließlich auf den anderen Herrn. Es verhält sich ähnlich wie in dem Falle, wenn ein Erwerb für einen der Herren nicht gemacht werden kann, oder wenn nur ein Herr einen iussus dem gemeinschaftlichen Sklaven erteilt hat; denn aus dem Grundsatz, daß der Sklave den Herren pro parte dominica erwirbt, folgt noch nicht, daß ein Herr nur pro parte dominica durch ihn erwerben könne. Es muß in dieser Beziehung so angesehen werden, als ob der Sklave dem anderen Herrn allein gehörte. So wird auch, wenn der eine Herr keine testamenti factio oder keine Kapazität besitzt, der Bestand und die Wirksamkeit des ganzen Vermächtnisses aus der Person des anderen Herrn beurteilt werden müssen und diesem der Vermächtnisgegenstand allein erworben werden, während Celsus folgerichtig auch hier nur einen Vermächtniserwerb pro parte annehmen müßte. Die Proculianer sahen nur auf den äußeren praktischen Erfolg des Vermächtnisses, daß die Herren des Sklaven pro parte dominica erwerben, und leiteten daraus den Satz ab, daß ihnen partes legiert seien. Die Sabinianer hielten daran fest, daß ex persona servi ein Vermächtnis vorhanden sei und daß eine Accrescenz zwischen den Miteigentümern stattfinde, nicht etwa weil ihnen coniunctim vermacht wäre und concursu partes entstünden, sondern weil eben jeder Herr des

---

[46] Das hat schon die Glosse ad l. 1 § 1 cit. gesehen. Die Meinung, daß Julian nur beim Nießbrauchsvermächtnis von Celsus abweiche, ist bereits von Cujacius schlagend damit widerlegt worden, daß ersterer das von letzterem aufgestellte Prinzip der Accrescenz (des partes concursu fieri) zwar anerkennt, aber seine Anwendbarkeit für das Vermächtnis an einen gemeinschaftlichen Sklaven in Abrede stellt.

Sklaven sei, dem dieses Vermächtnis hinterlassen ist. Von einer Konjunktion und einem ius adcrescendi kann hier nur in uneigentlichem Sinne die Rede sein.[47] Sonst hätte, wo die lex Papia das ius antiquum nicht reserviert hatte, hinsichtlich des von dem einen socius ausgeschlagenen Teiles des Vermächtnisses Kaduzität eintreten müssen.

IV. Wir fassen noch den Fall ins Auge, wenn der gemeinschaftliche Sklave von einem seiner Herren etwas erwirbt. Auf ihn als einen fremden Sklaven kann der Herr mit voller Wirkung Rechte übertragen und sich ihm verpflichten, während Erwerbsgeschäfte des Herrn mit dem eigenen Sklaven völlig wirkungslos sind.[48] Der Grundsatz ist hier, daß einzig der andere Herr zu seinem Eigentumsanteil erwirbt.

Das findet sich in den Quellen anerkannt zunächst hinsichtlich der Rechtsübertragung durch Tradition oder Manzipation. An der dem Sklaven gegebenen Sache entsteht folglich Miteigentum der Herren. Handelt es sich um eine Schenkung, so kommt es darauf an, ob der Herr ihm als einem fremden oder als einem eigenen Sklaven schenken wollte, d. h. ob seine Absicht überhaupt auf Rechtsentäußerung oder nur auf faktische Sonderung von seinem Vermögen und Überlassung zu eigenem Gebrauch und Genuß, also auf Übertragung in das peculium des Sklaven gerichtet war.

> l. 37 § 1 de A. R. D. 41, 1. Julianus l. 44. digest. Si unus ex dominis servo communi pecuniam donavit, in potestate domini est, quemadmodum[49] donet. Nam si hoc solum egerit, ut ea separetur a suis rationibus et in peculio servi sit, manebit eiusdem domini proprietas: si vero eo modo pecuniam servo communi donaverit, quomodo alienis servis donare solemus, fiet sociorum communis pro portione quam in servo habebunt.[50]

---

[47] „ad solum socium pertinere debere quasi solum coniunctum“ sagt Julian bezüglich der Accrescenz des ususfructus amissus und Ulpian fügt hinzu: ego Juliani sententiam non ratione adcrescendi probandam puto, sed . . Vat. fgm. § 75.

[48] Mandry a. a. O. I. S. 150 fg.

[49] Wenn hier die Florentina nochmals wiederholt „servo communi pecuniam“, so ist dies doch wohl auf Rechnung des Abschreibers zu stellen.

[50] Vgl. Jul. l. 16 de pec. 15, 1. Hat der Sklave ein commune pecu-

Nur eine Konsequenz des Grundsatzes enthält die Entscheidung in l. 17 eod.:

Ulpianus l. I. ad Sabin. Si duo domini servo communi rem tradiderint,[51] adquirit alteri ab altero.

Es ist hier wohl der Fall gesetzt, daß die beiden Herren zusammen dem gemeinschaftlichen Sklaven eine gemeinschaftliche Sache übertragen. Auch hier entsteht Miteigentum nach Verhältnis ihrer Anteile am Sklaven, gleichviel zu welchen Quoten ihnen die Sache gehörte. Nämlich der dem Herrenanteil des Einen entsprechende Teil der Quote an der gemeinschaftlichen Sache wird dem Anderen erworben. Z. B. der Sklave gehört dem A zu $^1/_3$, dem B. zu $^2/_3$; beide sind Miteigentümer der Sache zu gleichen Teilen. Durch die Manzipation oder Tradition an den gemeinschaftlichen Sklaven erwirbt dieser $^2/_3$ von der dem A zukommenden Hälfte ($= ^1/_3$) dem B, $^1/_3$ von der letzterem gehörigen Hälfte ($= ^1/_6$) dem A, während A $^1/_3$ seiner Quote ($= ^1/_6$), B $^2/_3$ von der seinigen ($= ^1/_3$) behält: also wird jetzt A Miteigentümer zu $^1/_3$, B zu $^2/_3$. Ebenso würde, wenn die Herren gleiche Anteile am Sklaven hätten und die Sache zu $^1/_3$ dem A, zu $^2/_3$ dem B gehörte, Miteigentum zu gleichen Teilen entstehen.[52]

Ebenso erwirbt der gemeinschaftliche Sklave, dem sich einer

---

lium, so wird die geschenkte Sache in dieses fallen, also gemeinschaftlich werden; der Gedanke, ihm noch ein besonderes peculium in der geschenkten Sache zu konstituieren, wird dem Herrn gewiß fern liegen. — Vgl. auch Mandry a. a. O. II S. 65. 76 fg.

[51] Die Florentina liest „tradiderit", was gewiß nur Schreibfehler ist. Mommsen will es gegen die Autorität der Basiliken beibehalten, indem er zwischen domini und servo einen ganzen Satz einschiebt: servi rei alicuius emptionem inter se fecerint et qui vendit. — Aber würde wohl Ulpian den einfachen Satz, daß der gemeinschaftliche Sklave dem einen Herrn durch Tradition seitens des andern erwirbt, mit so großem Umschweife aussprechen? Und dazu wäre der Satz, der ihm durch jenes Einschiebsel in den Mund gelegt wird, nicht einmal richtig. — Vielleicht hat Ulpian geschrieben mancipaverint, jedoch ist die Annahme einer Interpolation nicht geboten. Lenel, paling. II. p. 1020 n. 9 denkt, um die Inskription der Stelle zu erklären, an familiae mancipatio und zwar in einem gemeinschaftlichen, wechselseitigen Testament. Indessen, abgesehen von allem andern, scheint es unmöglich zu sein, daß ein Sklave als familiae emptor fungieren könnte.

[52] Giphanius ad l. 17 cit. (lect. Altorph. p. 336) meint, daß die Herren stets in der umgekehrten Proportion ihrer bisherigen Eigentumsquoten Miteigentümer würden, ohne daß es auf ihre Anteile am Sklaven ankäme, indem er die Regel „quod uni ex dominis adquiri non potest, alteri adquiritur" unpassend auf unseren Fall anwendet. Dann müßte aber in l. 37 § 1 cit. der andere Herr die dem Sklaven geschenkte Sache ganz erwerben.

der Herren verpflichtet, dem anderen eine Forderung zu dessen Eigentumsanteil. (Ulp. l. 7 § 1 de stip. serv. 45, 3: Si servus communis ab uno ex sociis stipulatus sit, . . reliquas partes ceteris sociis praeter eam partem, ex qua promissor dominus esset, adquiret.) Ist die versprochene Leistung unteilbar, so entsteht überhaupt keine Obligation; jedoch greift hier der in § 4 zu erörternde Grundsatz ein.

Anders verhält es sich bei Vermächtnissen.[53] Das dem gemeinschaftlichen Sklaven von einem der Herren hinterlassene Vermächtnis erwirbt stets ganz der andere Herr.[54]

> Paul. III. 6 § 4. Communi servo cum libertate et sine libertate legari potest totumque legatum socio testatoris adquiritur.
>
> Ulp. l. 63 § 9 pro soc. 17, 2. Si servo communi legatum sine libertate unus ex dominis reliquit, hoc ad solum socium pertinet.

Und zwar verbleibt ihm auch das ganze Vermächtnis; der Miteigentümer (Erbe) kann nicht mit der Teilungsklage die Herausgabe des seiner Eigentumsquote entsprechenden Teiles des Vermächtnisses beanspruchen, obwohl der sonstige Erwerb des servus communis geteilt werden muß. Das hat schon Sabinus ausgesprochen und Julian rechtfertigt es damit, daß dieser Erwerb durch den Sklaven nicht als einen gemeinschaftlichen, sondern als

[53] Dieser Fall wird sorgfältig und nicht ohne Scharfsinn, aber doch nicht eindringend und in ermüdender Breite von Chesius different. l. I. cap. 8 (Heineccii iurispr. Rom. et Att. III p. 635 sqq.) behandelt. Siehe auch Schulting, iurispr. anteiust. ad Paul. l. c.

[54] Ist dem Sklaven cum libertate vermacht, so tritt Accrescenz an den Miteigentümer ein, der nun auch das Legat erwirbt. Über den Fall, wenn der andere Miteigentümer zum alleinigen Erben eingesetzt ist l. 90 de H. J. 28, 5. Si socius heres institutus sit ex asse et servo communi legetur sine libertate, hoc legatum non constitit. (Paul.) Mit Unrecht hält Arndts im Rhein. Mus. V S. 223 und nach ihm Mühlenbruch, Komment. T. 39 S. 209 die Worte „sine libertate“ für zweifellos interpoliert, weil nach dem vorjustinianischen Recht das Legat, auch wenn es cum libertate dem Sklaven hinterlassen wäre, infolge des eintretenden Accrescenzrechtes nicht hätte bestehen können. Dabei wird übersehen, daß von einer Accrescenz an den eingesetzten Miteigentümer offenbar nicht die Rede sein kann. Es scheint mir nicht zweifelhaft zu sein, daß in einem solchen Falle ein fideicommissum libertatis angenommen wurde und das Legat daher auch giltig war. Daß die Quellen davon nichts enthalten, ist nach Justinians Neuerung begreiflich genug.

einen ihm gehörigen Sklaven[55] vom socius gemacht ist, m. a. W. daß er sich einzig auf seinen Anteil am Sklaven gründet.

Wie steht es nun mit der juristischen Begründung des Erwerbes? Daß das Vermächtnis nur mit Rücksicht auf den Miteigentümer zu Recht besteht, ist ohnehin klar. Daraus würde aber noch nicht folgen, daß es diesem ganz zufallen muß. Die Antwort, welche uns Cassius in l. 49 ad l. Falc. 35, 2[56] giebt,

---

[55] l. 63 § 9 cit. Et ait Julianus Sextum Pomponium referre Sabinum respondentem non communicari, et posse hanc sententiam defendi Julianus ait: non enim propter communionem hoc adquisitum est, sed ob suam partem.

[56] Ich kann an dieser Stelle aus Paul. l. 12 ad Plaut. nicht vorbeigehen, da sie m. W. eine befriedigende Interpretation noch nicht gefunden hat; einzig bei Voorda, comm. ad l. Falc. c. 12 § 6 findet sich der Punkt, auf den es ankommt, versteckt angedeutet, aber ohne daß auf ihn weiter Rücksicht genommen wird. „Plautius: Servo, quem tibi legaveram, fundum legavi. Atilicinus Nerva Sabinus primum in servo rationem legis Falcidiae habendam et quota pars ex eo decederet, eam partem in fundo legato inutilem futuram, deinde ex reliquis partibus fundi legis Falcidiae portionem decessuram, sicut ex omnibus legatis.“ Cassius bemerkt dagegen, daß durch den Abzug der quarta Falcidia der vermachte Sklave in das Miteigentum des Erben und des Legatars komme, daß mithin das Vermächtnis des fundus letzterem allein zufalle und folglich „semel ex fundo partem legis Falcidiae decessuram“. Paulus fügt hinzu, daß die Meinung des Cassius angenommen sei. Und sie ist auch in der That allein begründet. Wie kamen aber die genannten Juristen zu ihrer Entscheidung? Sollen wir wirklich, was man gethan hat, Sabinus zur Last legen, daß er den von ihm selbst anerkannten Satz „servo communi legatum ad solum socium pertinet“ im vorliegenden Falle vergessen habe? Oder sollten wir im Texte statt Sabinus etwa Proculus oder den Namen eines anderen Juristen setzen? Das wäre mehr als willkürlich. Die genannten Juristen werden sich vielmehr die Sache folgendermaßen zurecht gelegt haben. Wenn die Falcidia von dem Sklaven in Abgang kommt, so bleibt das legatum servi nur zu einem Teile bestehen; folglich muß schon damit auch das dem Sklaven hinterlassene Vermächtnis zu einem entsprechenden Teile hinfällig werden und es muß so angesehen werden, als wäre nur der andere Teil des Grundstückes giltig legiert. Da von dem Sklaven z. B. 1/4 dem Erben verbleibt, so behält er auch von dem Grundstück 1/4 als Erbe. Den von dem Vermächtnis an einem communis servus geltenden Grundsatz hier anzuwenden, trugen die Juristen deswegen Bedenken, weil er im Zeitpunkt des Antrittes der Erbschaft, als des dies cedens und zugleich des Erwerbes des legatum fundi, doch nicht im Miteigentum des Erben und des Legatars steht, sondern nur, wenn der Erbe auf die quarta Falcidia Anspruch erhebt, gemeinschaftlich wird. (Anders Pernice, Labeo I. S. 394.) Die Entscheidung der genannten Juristen ist allerdings in hohem Grade auffallend und unbegreiflich, da nach Abzug der Quote des Sklaven doch immer auch die entsprechende Quote des Grundstückes dem Erben verbleibt, er also seine Quarta vollständig erhalten würde. Bei diesem Abzug ex reliquis partibus fundi würde ja der Erbe mehr erhalten, als ihm überhaupt auf seine Quarta

scheint auf den ersten Blick in der That so zu folgern und damit den Rechtssatz selbst nicht sowohl zu begründen, als vielmehr zu umschreiben: „Communi servo cum legatum sit, totum pertinere ad socium, quia in eam personam[57] legatum consistere possit.“ Weil für die Person des Miteigentümers das Vermächtnis bestehen kann, darum fällt es ihm ganz zu. Dabei wird dem Juristen wohl folgender Gedanke vorgeschwebt haben. Vermacht ist dem Sklaven, nicht den Herren desselben. Kann nun dieses dem Sklaven hinterlassene Vermächtnis überhaupt bestehen und jemand erworben werden, so erwirbt er es ihm ganz. Diesem Gedanken giebt einen prägnanten Ausdruck Julian in l. 11 de opt. leg. 33, 5.

> Cum servo communi alter ex sociis legat, idcirco ad solum socium totum legatum pertinet, quoniam die legati cedente solus est, qui per eum servum possit adquirere.

Es wird hier der Satz, daß das ganze Vermächtnis allein dem Miteigentümer zufällt, allerdings zurückgeführt auf die allgemeine Regel: was der gemeinschaftliche Sklave dem einen Miteigentümer nicht erwerben kann, erwirbt er ganz dem anderen, so als ob er ihm ausschließlich gehörte. Aber eine bloße Anwendung dieser Regel auf den besonderen Fall des Vermächtnisses wird man darin nicht finden dürfen. Denn man darf nicht übersehen, daß es sich hier nicht bloß um den Erwerb aus dem Vermächtnis, sondern um die Rechtsbeständigkeit desselben handelt. Man kann nämlich fragen — und es ist dies eine Frage, mit deren Beantwortung man sich viel Schwierigkeiten gemacht

gebührt. Eine solche Kurzsichtigkeit oder Verkehrtheit dürfen wir ihnen nicht zumuten. Sie ist aber auch nur dann vorhanden, wenn es sich bloß um das Vermächtnis des Sklaven und des Grundstückes handelt. Ganz anders, wenn außerdem noch ein Vermächtnis angeordnet ist; und diesen Fall haben die Juristen vor Augen. Setzen wir z. B., dem Titius sei ein Sklave im Wert von 40, dem Sklaven ein Grundstück (400) und dem Mävius 200 vermacht. Die Quarta, die dem Erben gebührt, beträgt hier 160. Darin stimmen die Juristen alle überein, aber die Berechnung ist eine verschiedene. Nach Cassius wird die Quarta von jedem Vermächtnis abgezogen. Nach der abweichenden Meinung wird zunächst die Quarta vom Sklaven (= 10) abgezogen, $^1/_4$ des Grundstückes verbleibt infolgedessen dem Erben als inutiliter legatum (= 100), dann geht von $^3/_4$ des Grundstücks $^1/_{10}$ (= 30) und ebenso $^1/_{10}$ von dem Vermächtnis des Mävius (= 20) ab.

[57] Mommsens Konjektur „in ea persona sola“ ist sehr bestechend, scheint aber dem Gedanken des Juristen nicht ganz zu entsprechen.

hat —:[58] warum fällt an den Miteigentümer das ganze Vermächtnis, während er doch aus einer Schenkung, selbst einer mortis causa donatio an den gemeinschaftlichen Sklaven seitens des anderen Herrn immer nur pro parte dominica erwirbt? Der Grund dieser verschiedenen Wirkung ist freilich ein ziemlich einfacher; er liegt schließlich in der verschiedenen Natur der Rechtsgeschäfte unter Lebenden und der einseitigen letztwilligen Verfügungen. Das vom Sklaven mit seinem Herrn eingegangene Erwerbsgeschäft ist ein nichtiger Akt. Der Herr kann auch nicht durch Vertrag für den Fall seines früheren Todes, oder unter der Bedingung der Aufhebung seiner Gewalt durch Freilassung oder Veräußerung des Sklaven auf diesen ein Recht übertragen oder ihm sich verpflichten. Denn da das Rechtsgeschäft ex praesenti vires accipit, so fehlt es hier an einer notwendigen Voraussetzung seiner Giltigkeit; könnte doch der Sklave immer nur seinem Herrn selbst erwerben. So hat auch das von dem gemeinschaftlichen Sklaven mit dem einen Herrn geschlossene Rechtsgeschäft, sofern, wenn es mit einem dritten geschlossen wäre, für ersteren daraus ein Erwerb hervorgehen würde, zu dem Anteil dieses Herrn von vornherein keinen Rechtsbestand. Die letztwillige Zuwendung durch Vermächtnis tritt aber überhaupt erst mit dem Tode des Erblassers und weiterhin dem Antritt der Erbschaft in Wirkung. Das dem eigenen Sklaven hinterlassene Vermächtnis ist nichtig und bleibt es zufolge der regula Catoniana, mag er auch vom Erblasser veräußert oder freigelassen werden.[59] Das dem gemeinschaftlichen

---

[58] So besonders die Glossa „solum socium" ad l. 63 § 9 cit. und Chesius l. c. nr. 7. 8.

[59] Was die regula Catoniana anbetrifft, so teile ich die Auffassung von Karlowa, Rechtsgeschäft S. 131, daß sie nicht eine bloße Anwendung eines für alle Rechtsgeschäfte überhaupt geltenden Grundsatzes ist. Sie erscheint als eine rein formale Rechtsregel. Wer sie innerlich zu rechtfertigen unternimmt, möge nicht die inneren Widersprüche übersehen, zu denen sie führt. So bleibt, um nur ein Beispiel anzuführen, bei Freilassung oder Veräußerung des Sklaven das ihm hinterlassene Vermächtnis ungiltig. War jedoch dieser Sklave selbst einem andern vermacht, so wird bei Freilassung oder Veräußerung das ihm gegebene Vermächtnis aufrecht erhalten, obwohl doch durch die Freilassung oder Veräußerung das legatum servi selbst aufgehoben ist. l. 91 § 2. 3 de leg. I. l. 17 qu. dies 36, 2. l. 27 § 1 de adim. leg. 34, 4. (In betreff der Veräußerung war Paulus vielleicht anderer Ansicht l. 27 pr. eod.) Der formale Charakter der regula Catoniana tritt auch darin hervor, daß später durch kodizillarische Verfügung der dem Vermächtnis anhaftende Mangel beseitigt werden konnte, indem man sich die Auffassung des Kodizills

Sklaven ausgesetzte Vermächtnis ist nicht von Anfang an teilweise nichtig. Es fragt sich hier vielmehr immer nur, wem kann der Sklave oder wer kann durch den Sklaven aus diesem Vermächtnis erwerben: eine Frage die erst beim dies cedens sich erhebt. Es kommt darauf an, wem in diesem Zeitpunkte der Sklave gehört, so daß auch dann, wenn der Erblasser seinen Anteil inzwischen veräußert hatte, allen Miteigentümern das Legat zufällt.

Auch hier bewährt sich die Auffassung, daß es der Sklave selbst ist, dem das Vermächtnis zugewandt ist (ex persona servi consistit legatum), und daß nicht etwa seine Herren als Subjekte desselben anzusehen sind. Weder sind ihnen partes legiert noch dürfen sie als legatarii coniuncti behandelt werden. Das tritt deutlich hervor, wenn das Vermächtnis ein Damnationslegat[60] ist. Denn daß auch hier totum legatum socio testatoris adquiritur, geht mit Sicherheit daraus hervor, daß Antoninus Pius diesen Grundsatz auch bei Fideikommissen anerkannt hat.[61] Ob der Erbe hier seine Verpflichtung schon erfüllt, wenn er die vermachte Summe dem Sklaven tradiert oder manzipiert oder die Summe zahlt, ist eine später zu erörternde Frage. Jedenfalls

---

als pars testamenti dabei zu nutze machte. Lehrreich ist in dieser Hinsicht namentlich l. 26 eod. (Paul.) Dem Sklaven ist ohne Freiheit vermacht worden, darauf wird er veräußert; dem Vermächtnis soll so Wirksamkeit verliehen werden können, daß der Testator dem ihm gar nicht mehr gehörigen Sklaven im Kodizill die Freiheit giebt! Ein sophistischer Ausweg, auf den man sicher nicht verfallen wäre, wenn man die regula Catoniana als bloße Bekundung eines für alle Rechtsgeschäfte geltenden Grundsatzes aufgefaßt hätte, dem allgemeine Rechtswahrheit zukäme. Wie denn auch derselbe Jurist den von ihm gebilligten Kunstgriff einer kodizillarischen Verfügung — in ausdrücklichem Widerspruch gegen andere die Konsequenz nicht scheuende Juristen — in dem Falle verwirft, wenn durch sie dem Sklaven, dem cum libertate vermacht und der dann manumittiert war, die Freiheit genommen wird, weil supervacua scriptura non nocet legato — während sie im vorigen Falle prodest.

[60] Denn der legatarius coniunctus würde nur einen Teil erhalten. l. 34 § 9. l. 84 § 8 de leg. I. l. 7 eod. II. Vgl. Arndts, Komment. T. 48 S. 67 fg.

[61] Paul. l. 49 ad l. Falc. 35, 2. Cassii sententia utimur: nam et D. Pius rescripsit servo communi fideicommissum datum totum ad socium pertinere. Es ergiebt sich hieraus zweierlei: 1) daß Paulus annimmt, den Satz „communi servo legatum totum ad socium pertinet" habe zuerst Cassius aufgestellt, — ein Irrtum, der sich aus der Beschaffenheit der Überlieferung (vgl. l. 63 § 9 cit. in Anm. 55) leicht erklärt; 2) daß der Satz erst später (vermutlich seit Julianus) allgemeine Anerkennung gefunden hat, doch wohl entgegen der von den Proculianern vertretenen Auffassung, nach welcher partes legatae sein sollen.

kann der Miteigentümer beanspruchen, daß ihm der Vermächtnisgegenstand ganz verschafft werde.[62] Ist das dem gemeinschaftlichen Sklaven hinterlassene Vermächtnis ein Vindikationslegat, so ist der Erfolg derselbe, wie wenn dem alleinigen Erben und einem dritten prälegiert wäre (l. 34 § 11 de leg. II). Jedoch darf man sich dadurch nicht zu der Annahme verleiten lassen, daß etwa bei beiderlei Vermächtnissen dieselben Grundsätze Anwendung fänden. Sie sind vielmehr ihrem Wesen nach grundverschieden. Das zeigt sich gleich im einzelnen Falle. So wird, wenn die Miteigentümer selbst zu Erben eingesetzt sind, das dem gemeinschaftlichen Sklaven hinterlassene Vermächtnis den Herren nicht, wie ein Prälegat, nach der umgekehrten Proportion ihrer Erbteile, sondern nach Verhältnis der Eigentumsquoten erworben. In gleicher Weise erfolgt der Erwerb des Vermächtnisses, wenn einer der Miteigentümer und ein dritter Erben sind. Dabei versteht es sich von selbst, daß die auf die Erbportion jedes Herrn entfallende Quote ihm als Erben zukommt und nur der Mehrbetrag des Eigentumsanteiles als Vermächtnis angesehen werden kann.

V. Was beim Erwerbe von Rechten durch den gemeinschaftlichen Sklaven angenommen ist, muß auch vom Erwerbe des Besitzes gelten. Also durch den gemeinschaftlichen Sklaven erwerben den Besitz grundsätzlich seine Herren ebenfalls nach Verhältnis ihrer Eigentumsanteile. Mit l. 1 § 7. 19 de A. P. 41, 2 werden wir uns später auseinanderzusetzen haben. Hier sind nur folgende Punkte hervorzuheben:

a) Besitz erwirbt bekanntlich der Herr durch seinen Sklaven regelmäßig nicht ohne sein Wissen und Wollen. Mithin kann auch den Besitz der Sache, die der gemeinschaftliche Sklave in seine Gewalt gebracht hat, nur derjenige Herr erlangen, der seinen Besitzwillen kundgegeben hat. Ist ein Auftrag zur Besitzergreifung erteilt worden, so greifen die Regeln über den iussus Platz. Spricht der eine Herr seine Zustimmung nachträglich aus, so erwirbt er den Besitz für seine Person allein, aber erst dann, wenn der

---

[62] Anders, wenn das dem gemeinschaftlichen Sklaven von einem dritten hinterlassene Damnationslegat von einem Herrn ausgeschlagen wird. (Vgl. oben S. 23 fg.) Hier behält der andere immer nur die Forderung auf den entsprechenden Teil, welche mit dem Antritt der Erbschaft für ihn begründet war. Der Erbe wird hier lediglich von der Verbindlichkeit gegen den ersten Herrn liberiert.

andere die Genehmigung versagt. Hat der Sklave ein Pekulium, so wird sogleich für dieses Besitz erworben, vorausgesetzt, daß überhaupt der Erwerb ex causa peculiari gemacht ist. Welcherlei Erwerb nun diesen Charakter habe, das ist eine hier nicht zu erörternde Frage. Es ließe sich der Pekuliarerwerb positiv als ein solcher bestimmen, den der Gewaltunterworfene als Inhaber eines quasi patrimonium, also als faktisches Vermögenssubjekt für sich macht; negativ als jeder Erwerb, der nicht ex re, d. h. aus dem Hauptvermögen oder im Auftrag oder in Angelegenheiten, des Gewalthabers gemacht wird.[63] Handelt es sich um ein peculium commune sociorum, so erwerben sämtliche Herren den Besitz. Hat der Sklave aber nur bei einem Herrn ein Pekulium, so kann auch nur für dieses und zwar sofort, mithin nicht für die Miteigentümer des Sklaven der Besitzerwerb erfolgen. Das Eigentum aber müßte auch hier wieder allen Herren zufallen, selbst wo der Eigentumserwerb durch Erwerb des Besitzes vermittelt wird, wie bei Tradition und Okkupation.[64] Das scheint widerspruchsvoll: A wird alleiniger Besitzer, B Miteigentümer, während doch das Eigentum hier durch die Erlangung des Besitzes erworben wird. In der That aber steht dies in vollem Einklange sowohl mit den hinsichtlich des Sklavenerwerbes überhaupt geltenden Grundsätzen, wie auch mit dem Wesen der Tradition.

b) Die Regel „etiam invitis nobis per servos adquiritur ex omnibus causis" (l. 32 de A. R. D. 41, 1) gilt beim Eigentumserwerb durchgreifend. Wenn sie Gajus durch ein „paene" einschränkt, so läßt sich ja darüber streiten, was er hier im Sinne gehabt haben mag; sicher aber hat er bei dieser Einschränkung nicht an den anderen Grundsatz „ignoranti possessio non adquiritur" gedacht und etwa gemeint, daß wo der Eigentumserwerb an die Erlangung des Besitzes geknüpft ist, ersterer nicht ohne Wissen

---

[63] Also z. B. auch der Erwerb aus Schenkungen und Vermächtnissen; nicht bloß der mit dem vorhandenen Pekulium in materiellem Zusammenhange stehende Erwerb, wie Mandry, über d. Begriff des Pekulium S. 46 fg. annimmt, oder gar nur der aus Verwaltungshandlungen in Ansehung des Pekulium gewonnene Erwerb, wie Fitting, d. Castrense pec. S. 85 formuliert. Dagegen Pernice, Labeo I. S. 139 fg., vergl. aber auch Mandry, Familiengüterrecht II. S. 116 fg. 123 fg.

[64] Den Beweis für den Eigentumserwerb aller Herren erbringt l. 27 de stip. serv. 45, 3.

und Wollen des Herrn erfolgen könne. Tradition ist, im Grunde genommen, nichts anderes, als Geben und Nehmen der Sache in der Absicht des Eigentumsüberganges; Okkupation die Bemächtigung einer Sache mit Aneignungswillen. Ist die Sache im ersten Falle eine dem Tradenten gehörige, im zweiten eine herrenlose, so wird der Herr des Sklaven Eigentümer, sobald der Sklave die Sache in seine Gewalt gebracht hat: gleichviel ob dadurch für den Herrn ein rechtlich geschütztes Besitzverhältnis oder, falls die Sache eine fremde ist, die Möglichkeit der Ersitzung begründet wird (wie beim Erwerbe für das Pekulium), oder nicht. Diese Auffassung erfreut sich aber keiner allgemeinen Anerkennung[65] und wir werden uns daher dem Nachweise ihrer Quellenmäßigkeit nicht entziehen können.

Dieser Nachweis kann nicht schwer fallen. Denn wir haben zunächst Quellenaussprüche, welche den hier vertretenen Rechtssatz unmittelbar enthalten, d. h. welche nur unter Voraussetzung desselben verstanden werden können.[66] So l. 10 de donat. 39, 5 (Paul.) Wenn der Herr die ihm durch seinen Sklaven als Geschenk übersendete Sache nicht annimmt, „donatae rei dominus non fit — nisi ea mente servo eius data fuerit, ut statim eius fiat." Dort ist die Sache dem Sklaven lediglich zum Überbringen an den Herrn, dem sie unmittelbar geschenkt werden sollte, eingehändigt; die Schenkung wird mithin erst durch Annahme perfekt, durch welche zugleich der Besitz erlangt wird. Hier sollte durch den Sklaven dem Herrn geschenkt werden, die Absicht war auf sofortige Eigentumsübertragung gerichtet; noch genauer, es wird dem Sklaven geschenkt, der die Sache dem Herrn erwirbt. Durch die Annahme seitens des Sklaven ist somit die Schenkung perfekt geworden und das Eigentum dem Herrn erworben, ohne daß er Kenntnis davon zu erlangen brauchte; Besitz aber ist sicher

---

[65] Sie ist schon gelegentlich von Schmidt, Persönl. d. Sklaven, S. 18 Anm. 40 ausgesprochen, aber nicht eingehend begründet. Gegen ihn hat sich Schloßmann in Grünhuts Zeitschr. f. Privatrecht VIII. S. 451 Anm. 14 (vgl. Besitzerwerb durch dritte, S. 141 Anm. 1) erklärt. Dagegen ist die Glosse auch hier, wie so oft, auf dem Wege der richtigen Erkenntnis.

[66] Dürften wir den Schluß der l. 1 C. p. qu. pers. 4, 27 (Diocl.): „servis autem res traditae dominis adquiruntur" mit dem am Anfang der Stelle ausgesprochenen Satze verbinden, so würde er für unsern Rechtssatz vollen Beweis erbringen. Aber der Zusammenhang bleibt zweifelhaft.

auf ihn nicht übergegangen.[67] Ähnlich verhält es sich in l. 46 de J. D. 23, 3 (Julian.): traditione quoque rei dotalis in persona servi vel filiifamilias facta dos constituitur; also erwirbt der Herr oder Gewalthaber das Eigentum, auch bevor er noch den Besitz der Sache erlangt hat. Das findet seine Bestätigung auch darin, daß, so lange letzterer noch nicht ratihabiert hat (wodurch erst seine dotalrechtliche Verbindlichkeit begründet wird), die Frau die Sache condicieren kann.[68]

Noch entscheidender ist l. 21 pr. de A. R. D. 41, 1. Pomponius referiert hier die Meinung des Proculus, daß der von einem andern bona fide besessene Sklave die Sache, welche er nicht ex re jenes kauft und tradiert erhält, weder diesem noch seinem Herrn erwerbe. Proculus ist also allerdings der Ansicht, daß der Herr hier durch Tradition an seinen Sklaven nicht Eigentümer werde, weil er nicht Besitz erwirbt und bei der Tradition per possessionem dominium adquiritur. Trotzdem läßt derselbe im gleichen Falle den liber homo bona fide serviens das Eigentum für sich erwerben, obwohl doch auch dieser sicher den Besitz nicht erlangt.[69] Darüber bestand auch unter den römischen Juristen keine Meinungsverschiedenheit. Daß Pomponius aber die Meinung des Proculus in betreff des im fremden Besitze befindlichen Sklaven verwirft, geht klar hervor aus der allgemeinen Regel, die er in l. 54 § 4 eod. aufstellt: quidquid alienus servus, qui bona fide nobis servit, non adquirit nobis, id domino suo adquiret.[70] Und damit stimmen die übrigen Juristen lediglich überein. Auch durch Tradition an den servus fugitivus läßt Pomponius, obwohl er — abweichend von der Ansicht der übrigen Sabinianer — den Besitzerwerb durch ihn in

---

[67] Vgl. l. 108 § 1 de leg. I. (Afric.): — ignorem meam factam esse. l. 14 § 17 de furt. 47, 2 (Ulp.): — si dedi servo eius, statim ipsi adquisita est.

[68] Ob die Sache auf Grund einer mit dem Sklaven vollzogenen stipulatio oder dotis dictio geleistet, oder ohne eine solche ihm dotis causa tradiert ist, darauf kann es nicht ankommen, obwohl in der Stelle das letztere vorausgesetzt wird. Übrigens ist auch hier die Leistung invito domino erfolgt.

[69] l. 1 § 6 de A. P. 41. 2. l. 118 de R. J. 50, 17.

[70] Daß der Jurist nicht etwa bloß an die Tradition nicht gedacht hat, ergiebt sich schon daraus, daß er gleich darauf die Usukapion, also doch auch den Besitzerwerb für den liber homo bona fide serviens und den dominus verwirft.

Abrede stellt,[71] den Herrn doch Eigentum erwerben. So in l. 19 de solut. 46, 3, wenn dem servus fugitivus[72] das von ihm ausgeborgte dem Herrn gestohlene Geld zurückgezahlt wird, wobei es ganz willkürlich wäre, ein Pekulium vorauszusetzen. Und dem entspricht auch vollkommen seine Entscheidung in l. 15 de Publ. 6, 2.[73] Denn, wenn er im Falle des Kaufes von einem Nichteigentümer dem Herrn die act. Publiciana gewährt, so ist wohl die Folgerung unvermeidlich, daß seiner Meinung nach der Herr durch den Sklaven das Eigentum erworben hätte, wenn der Verkäufer selbst Eigentümer gewesen wäre. Ist dies richtig, so wird man auch für die ruhende Erbschaft Eigentumserwerb durch Tradition an den servus hereditarius, selbst wenn sie nicht ex causa peculiari erfolgte, zugelassen haben, obwohl Besitz für die Erbschaft doch nicht erworben wird.[74]

Weniger fallen für das klassische Recht ins Gewicht folgende drei Stellen,[75] da sie einer Interpolation verdächtig sind. Dieser Verdacht ist freilich nur in geringerem Grade begründet bei l. 19 pr. de don. int. vir. 21, 4 (Ulp. Julian.). Wenn der von der Frau dem Haussohne des Ehemannes geschenkte Sklave „ancillam acceperit", so erwirbt die Frau das Eigentum, mag die ancilla auch mit dem Gelde des Ehemannes gekauft sein. Gegen die Annahme, daß die Kompilatoren mancipio vor acceperit gestrichen haben, macht bedenklich einmal, daß es sich hier um einen Erwerb durch Kauf handelt, und sodann, daß die Kompilatoren

[71] l. 54 § 4 cit. Über Besitz am fugitivus und Besitzerwerb durch ihn überhaupt vgl. Schmidt a. a. O. S. 28 fg.; den von ihm angezogenen Quellenstellen wären noch hinzuzufügen l. 13 pr. de A. P. 41, 2. l. 21 de R. V. 6, 1. Paul. IV. 14 § 3.

[72] Der Umstand, daß hier der fugitivus sich als Freier aufspielt, kommt nur für die Befreiung des Schuldners, nicht für den Eigentumserwerb in Betracht, l. 108 § 1 de leg. I.; vgl. auch l. 3 § 10 de A. P. 41, 2. l. 15 § 1 de usucap. 41, 3. Wie sich dazu l. 34 § 5 de solut. 46, 3 (Jul.) verhalte, interessiert uns hier nicht.

[73] Pomp. Si servus meus, cum in fuga sit, rem a non domino emat, Publiciana mihi competere debet, licet possessionem rei traditae per eum nactus non sim.

[74] Vgl. Ulp. l. 9 § 6. Paul. l. 10 de Publ. 6, 2. (Dieses Exzerpt scheint zugleich auch auf den servus hereditarius bezogen werden zu müssen.)

[75] Auf l. 59 § 3 de pecul. 15, 1. (Pap.) kann man sich mit Sicherheit nicht berufen, da hier der Sklave ein Pekulium hat; obschon freilich der Eigentumserwerb an den Geldstücken darauf nicht gegründet wird und obschon der Besitzerwerb ex peculiari causa für den Herrn, wenn der Sklave von einem dritten besessen wird, auch noch bewiesen werden müßte.

für mancipio schablonenmäßig per traditionem oder traditum zu setzen pflegen. Verwerfen wir die Annahme einer Interpolation, so würde auch hier dem Herrn (Ehefrau) durch Tradition an den Sklaven Eigentum erworben werden, obwohl er nicht den Besitz erlangt. Ja, wenn man, was doch nahe genug liegt, voraussetzen darf, daß der Haussohn ein Pekulium besitzt, für welches der Sklave ihm geschenkt war, der nun die ancilla gekauft hat, so würde Eigentumserwerb stattfinden, trotzdem ein anderer (der Ehemann) den Besitz erwirbt. Zweifellos ist dagegen in l. 86 § 2 de leg. I (Jul.) und l. 25 § 2 de lib. ca. 40, 12 (Gai.) die Tradition erst durch die Kompilatoren hineingekommen. Jedoch darf man nicht übersehen, daß in der ersten Stelle neben dem Erwerbe durch Manzipation, Stipulation, Legat auch noch vom Erwerbe durch Schenkungen die Rede ist, welcher durch den per vindicationem legierten Sklaven dem Legatar zufallen soll. Bei „his quae donata fuerunt“ muß aber in erster Reihe an schenkungshalber tradierte Sachen gedacht werden, deren Besitz also der Erbe erlangt hat. Was aber l. 25 § 2 cit. anbelangt, so beziehen sich die Bedenken des Juristen hinsichtlich des Besitzerwerbes durch den Sklaven nach der Litiskontestation im Freiheitsprozeß keineswegs auf den Eigentumserwerb durch Tradition. Doch mag dem nun sein, wie ihm wolle, für das justinianische Recht erbringen diese Stellen jedenfalls einen vollen Beweis. Und da dürfte man wohl die Frage aufwerfen, in welcher Beziehung denn die Tradition ihre Natur seit der Zeit der klassischen Jurisprudenz geändert habe und wodurch diese Änderung herbeigeführt worden sei, wenn im justinianischen Recht ein so einschneidender neuer Grundsatz hinsichtlich ihrer Wirkung anerkannt sein soll, — falls man nicht hier wieder alles, was ja der bequemste Ausweg ist, mit der Berufung auf die Kopflosigkeit der Kompilatoren abthun will.

Das wären die Quellenzeugnisse für unseren Satz, in denen ausdrücklich von einer Tradition an den Sklaven gehandelt wird. Eine Bestätigung findet er aber noch in l. 52 pr. de pecul. 15, 1. Es ist da die Rede von einem im Besitze der Freiheit befindlichen Sklaven, der eine Vormundschaft führt und dann im Freiheitsprozeß unterliegt. Nun entsteht die Frage, ob der Mündel den Herrn mit der act. de peculio in Anspruch nehmen könne. Paulus verneint die Frage, weil doch der Sklave kein Pekulium hat, giebt aber dem Mündel eine utilis actio quasi tutelae „ut

quod ille (servus) pro patrimonio habuit, peculium esse intelligatur". Also der gesamte Erwerb des angeblich Freien, welcher als sein eigenes Vermögen galt, soll als Pekulium behandelt werden. Wenn man nun nicht annehmen will, daß im römischen Verkehre Eigentumsübertragungen regelmäßig durch Manzipationen erfolgten und daß res nec mancipi (wohin doch auch bares Geld gehört) überhaupt nicht in Betracht kamen, so wird wohl nichts übrig bleiben, als auch hier einen Eigentumserwerb für den Herrn durch Tradition ohne Besitzerwerb zu statuieren.[76]

Auch die Darstellung des Erwerbes durch personae subiectae bei Gaius II, § 86—95 stimmt damit vollkommen überein. In § 87 zunächst die allgemeine Regel: quod servi nostri mancipio accipiunt vel ex traditione nanciscuntur ... id nobis adquiritur. Keine Andeutung von dem Besitzerwerbe als einer notwendigen Voraussetzung des Eigentumserwerbes durch Tradition. In § 89 wird dann ausdrücklich hervorgehoben, daß durch Hauskinder und Sklaven nicht blos proprietas sondern auch possessio erworben wird, mit besonderer Beziehung auf die Usukapion. In § 90 ein Bedenken in betreff des Besitzerwerbes durch personae in manu mancipiove, obwohl durch sie proprietas ex omnibus causis adquiritur, also auch durch Tradition, ganz wie bei denjenigen, qui in potestate nostra sunt. Dann formulieren § 91, 92 den Grundsatz für den Erwerb durch den servus fructuarius und bona fide possessus. In § 94 kommt Gajus wieder auf den Besitzerwerb und die Usukapion durch letztere zu sprechen. Dabei berührt er einen Zweifel hinsichtlich des Besitzerwerbes durch den servus fructuarius; daß aber auch der Eigentumserwerb durch diesen ex re nostra vel ex operis suis im Falle der Tradition in Frage gestellt wäre, wird von ihm

---

[76] Man könnte dagegen vielleicht einwenden, daß hier noch rückwärts aller Erwerb des Sklaven als Pekulium fingiert und so auch ein Besitzerwerb für den Herrn ex causa peculiari ermöglicht werde, der sogar zu einer Usukapion ignorante domino führen könnte. Darauf würde nun freilich weder das von Paulus (l. 1 § 5 de A. P. 41, 2) noch das von Papinian (l. 44 § 1 eod.) angegebene Motiv dieses Besitzerwerbes passen. Aber auch, führen wir jenen Gedanken folgerichtig durch, so kämen wir zu dem seltsamen Ergebnis, daß durch den ersten Besitzerwerb des Sklaven ein Pekulium konstituiert und damit zugleich ex causa peculii dem Herrn ohne sein Wissen Besitz erworben würde.

nicht angedeutet, und es ist darauf auch wohl niemand verfallen.

Selbst wenn uns endlich gar kein Quellenzeugnis zur Seite stünde, könnten wir von vornherein als ganz sicher den Satz aufstellen, daß der Eigentumserwerb des Herrn durch den Sklaven, abgesehen von der Usukapion, niemals an eigenen Besitzerwerb geknüpft ist. Dazu zwingt uns die Logik — nicht der Rechtsbegriffe, sondern — der praktischen Verkehrsverhältnisse. Denn vergegenwärtigen wir uns die Hauptfälle, in denen der Sklave seinem Herrn — überhaupt oder wenigstens, wenn er kein Pekulium hat, — keinen Besitz erwirbt: 1. Er wird mala fide von einem dritten z. B. auch vom beschenkten Ehegatten besessen; 2. er wird bona fide vom dritten besessen, hat aber den Erwerb nicht ex re eius vel operis suis gemacht; 3. er ist im Pfandbesitze des Gläubigers; 4. er befindet sich in libertatis possessione;[77] 5. der Herr ist kriegsgefangen; 6. er gehört zu einer hereditas iacens. Sollte es wirklich möglich gewesen sein, daß hier überall der Tradent, welcher die Sache dem Sklaven verkauft oder geschenkt hatte, Eigentümer blieb? Zu welcher Verwirrung der Rechtsverhältnisse würde das geführt haben! Oder was geschieht mit der vom Sklaven okkupierten herrenlosen Sache, was mit der dem Finder zukommenden Hälfte des vom Sklaven gehobenen Schatzes? Bleibt die Sache res nullius und der Okkupation eines jeden offen? Oder sollte etwa die nachträgliche Genehmigung der Besitzergreifung, sowohl im Falle der Tradition wie der Okkupation, dem Herrn das Eigentum verschaffen? Aber sie könnte doch nur dann Wirkung haben, wenn der Sklave sich jetzt im Besitze seines Herrn befindet. Und wie nun, wenn der Sklave jetzt die Sache gar nicht mehr in Händen hat, wenn etwa der Tradent sie an einen dritten inzwischen veräußert hat? Wir sehen, wir geraten in der praktischen Anwendung mit dem Satze: „ohne Besitzerwerb durch Tradition oder Okkupation kein Eigentumserwerb" arg ins Gedränge. Es bewährt sich vielmehr auch in allen diesen Fällen der Grundsatz: separata esse debet possessio a proprietate.

---

[77] Es wird dabei abgesehen von dem Falle, wenn dieser Sklave (oder auch der Sklave des captivus) für einen dritten, in dessen Auftrag oder mit dessen Genehmigung, Besitz ergreift; hier erwirbt er dem dritten wie ein freier Stellvertreter. l. 31 § 2 de usucap. 41, 3. l. 34 § 2 de A. P. 41, 2.

Der Beweis, daß bei den genannten Erwerbsarten der Erwerb des Besitzes nicht unzertrennlich vom Erwerbe des Eigentumes ist und daß mithin auch nicht von letzterem auf den ersteren geschlossen werden darf, ist hiermit, was den Sklavenerwerb anbetrifft, erbracht worden. Es würde sich nun die Frage erheben, wie sich die Sache im Falle der freien Stellvertretung verhalte. Kann also auch hier dem Vertretenen Eigentum erworben werden, ohne daß er Besitz erlangt, noch genauer, während der Vertreter, in dessen Gewalt die Sache kommt, selbst Besitzer wird? Die Beantwortung dieser Frage erfordert eine besondere Untersuchung, die sich auf den Besitzerwerb durch Stellvertreter überhaupt erstrecken müßte, und die uns von unserem Gegenstande zu weit abführen würde. Andererseits aber dürfen wir an dieser Frage nicht vorbeigehen, ohne wenigstens Stellung zu ihr zu nehmen. Da scheinen nun folgende Punkte in Betracht zu kommen.

Die Frage kann überhaupt nur da aufgeworfen werden, wo Eigentumserwerb bloß für den Vertretenen (Auftraggeber), nicht auch für den Vertreter (Beauftragten) stattfinden könnte. Es ist somit zunächst ganz auszuschließen der Fall der Okkupation. Wenn A dem C den Auftrag erteilt, von einer herrenlosen Sache für ihn Besitz zu ergreifen, so steht nichts entgegen, daß C durch die Okkupation für sich selbst das Eigentum erwerbe, mag er auch damit treulos handeln und mit der act. mandati verantwortlich sein.[78] Ebenso scheidet der Fall aus, wenn der Auftrag auf Ab-

---

[78] Jhering, Besitzwille, S. 204 fg. erklärt, wie es scheint, den abweichenden Willen des Beauftragten hier für völlig bedeutungslos. Wenn A den B beauftragt, eine herrenlose Sache für ihn zu okkupieren, so könne B niemals durch die Kundgebung des Willens, für sich selbst zu erwerben, Besitz und Eigentum erlangen, vielmehr müsse allemal dem A Besitz und Eigentum erworben werden. Das wird gewiß in vielen Fällen zutreffen; so unfraglich in dem von Jhering gewählten Beispiel, wo der Vertreter in einem Dienstverhältnis zu dem Vertretenen steht, oder wenn er procurator omnium bonorum desselben ist. Auch wenn — um bei dem von Jhering herangezogenen Falle zu bleiben — B den Auftrag übernommen hatte, für A auf dessen Grundstück Jagd oder Fischerei auszuüben, werden die erbeuteten Tiere in das Eigentum des A fallen, und B würde ein furtum begehen, wenn er diese sich aneignete. Würde aber auch etwa B stets, ohne daß nach seinen Willen gefragt würde, als unmittelbarer Stellvertreter für A Besitz und Eigentum erwerben, wenn er beauftragt wäre, auf seinem eigenen Grundstück oder auf fremdem Gebiete ein bestimmtes Tier für A zu erbeuten? Und nicht anders verhält es sich, wenn der Auftrag darauf gerichtet ist, ein herrenloses Grundstück für A in Besitz zu nehmen.

schließung des Erwerbsgeschäftes oder, wenn man dies korrekter findet, des den Erwerb vermittelnden Rechtsgeschäftes gerichtet war. Wenn A den C beauftragt, eine bestimmte Sache für ihn zu kaufen, so kann C ebenfalls suo nomine handeln und das Eigentum selbst erwerben, obwohl er auch hier aus dem Mandat in Anspruch genommen und, wenn ihm A das Geld zum Ankauf gab, möglicherweise mit der act. furti haftbar werden könnte. Hier wie dort hängt es lediglich von dem Beauftragten ab, ob er den Erwerb für sich selbst oder für den Auftraggeber machen will. Der Beweis der Absicht kann keine Schwierigkeiten bereiten; denn aus dem späteren Verhalten des Beauftragten wird sich ergeben, ob er suo oder alieno nomine gehandelt hat. Es liegt auf der Hand, daß hier eine Trennung des Besitzerwerbes vom Eigentumserwerbe gar nicht gedacht werden kann. Indem der Vertreter namens des Auftraggebers, d. h. in der Absicht, für ihn zu erwerben, die Gewalt über die Sache erlangt, erwirbt er ihm mit dem Besitz zugleich Eigentum.

Ganz anders steht es,[79] wenn A den C bevollmächtigt, die von B aus einem Kaufe oder sonstwie geschuldete Sache sich tradieren zu lassen, oder den B anweist, sie dem C zu übergeben. Dann kann es sich, wenn C die Sache für sich in Empfang nimmt, immer nur um die Alternative handeln, ob A das Eigentum erwirbt, oder ob B Eigentümer bleibt. Nicht weitab liegt der Fall, wenn B diese Sache dem A schenken wollte; dann fragt es sich einzig, ob die Schenkung zustande komme oder nicht. Es ist dies bekanntlich ein unter den römischen Juristen streitiger Punkt, den wir vorläufig bei Seite liegen lassen. Uns interessiert hier nur die Besitzfrage. Daß, wenn B das Eigentum behält, C Besitzer wird, kann kaum in Frage gestellt werden. Allgemein wird nun angenommen, daß nach der Meinung derjenigen Juristen, welche das Eigentum auf A übergehen lassen, dieser auch den Besitz erwerbe, ja daß er gerade durch den Besitzerwerb Eigentümer werde. Fragen wir nach der Begründung dieser Annahme, so wird uns die Antwort zu teil, daß der Besitzerwerb ein wesentliches Moment der Eigentumstradition sei. Daß dies hinsichtlich des Sklavenerwerbes eine vorgefaßte Meinung ist, glauben wir

---

[79] Schloßmann a. a. O. S. 446 scheint beide Fälle miteinander zu verwechseln.

nachgewiesen zu haben. Aber es trifft auch beim Erwerbe durch Stellvertreter nicht zu. Denn die Tradition bleibt ihrem rechtlichen Wesen nach immer gleichgestaltet, mag sie an einen Stellvertreter oder an einen Sklaven erfolgen; nur darin besteht eine Verschiedenheit, daß der Herr durch den Sklaven invitus erwirbt, während man ohne seinen Willen durch eine freie Person keinen Erwerb machen kann. Ist dieser Wille aber im Augenblick der Tradition noch vorhanden,[80] so erfolgt der Eigentumsübergang,

---

[80] Richtiger noch, ist er dem Tradenten gegenüber nicht widerrufen. Überhaupt kommt hier nicht sowohl der Auftrag an den Empfänger der Sache (C), als vielmehr die Anweisung an den Leistenden (B) in Betracht. Hat B trotz des ihm kundgegebenen Widerrufes, oder, während C zur Annahme nicht bezw. nicht mehr beauftragt oder bevollmächtigt war, diesem tradiert, so geht jedenfalls auf A kein Eigentum über und B wird, wenn er die Sache schuldete, nicht befreit. War ihm dagegen der Widerruf des iussus oder der dem C erteilten Vollmacht nicht kund geworden, so werden diese als fortbestehend behandelt und die sofortige Befreiung ist zweifellos. Wird der Schuldner befreit, so kann er nicht Eigentümer der geleisteten Sache bleiben; der Empfänger (C) erwirbt das Eigentum aber nicht: mithin wird das Eigentum auf den Gläubiger (A) übertragen. Also erwirbt er das Eigentum ohne sein Wissen durch jemand, der keinen Auftrag hat. Dabei ist aber zu beachten, daß die Befreiung des Schuldners durch die Leistung an C nicht etwa die Folge des Eigentumsüberganges ist, sondern eben infolge des iussus solvendi eintritt. Daß A Eigentum an der dem C tradierten Sache erwirbt, erscheint vielmehr umgekehrt als eine Folge der Befreiung des Schuldners. Daher darf man nicht etwa auch einen Eigentumsübergang annehmen, wenn B die Sache nicht schuldete, sondern dem A schenken wollte. Eine Schenkung kommt hier gar nicht zu stande. (Anders, wenn dem B bekannt war, daß die Vollmacht des C zur Annahme der Sache nicht mehr bestand. Dann verschafft die Ratihabition dem A das Eigentum; aber mit ihr erst wird die Schenkung perfekt.) Streitig war bekanntlich der Fall, wenn nach dem dem Schuldner unbekannt gebliebenen Widerruf der Vollmacht C die Sache intervertendi animo in Empfang genommen hatte. Julian (l. 38 § 1 de solut. 46, 3) meint, der Schuldner behalte das Eigentum und werde daher ipso iure nicht befreit; Ulpian dagegen (l. 18 eod.) vertritt die — vielleicht von Celsus verfochtene — Ansicht, daß Eigentum auf den Gläubiger übergehe, weil der Schuldner infolge des iussus solvendi befreit werde. Derselben Ansicht war doch wohl auch Julian, wenn in dem gleichen Falle die Vollmacht nicht widerrufen war; vgl. l. 44 pr. de furt. 47, 2 (Pomp.). l. 3 § 12 i. fi. de don. int. vir. 24, 1 (Cels.). Allerdings soll nach ihm (l. 38 § 1 cit. l. 39 de don. int. vir.) das Eigentum dem Schuldner verbleiben, wenn dieser auf Anweisung des Gläubigers an dessen zu beschenkende Ehefrau leistet. Indessen hier hat nach Julian der iussus wegen des Schenkungsverbotes überhaupt keine rechtliche Bedeutung. Anders legt sich Celsus unter Zustimmung Ulpians in der bekannten l. 3 § 12 de don. int. vir. die Sache zurecht: Eigentum geht zunächst auf den Gläubiger (Ehemann) über. (Daß dies nicht die Auffassung Julians ist, ergiebt sich aus l. 34 § 7 de solut. 46, 3. Nach Celsus würde hier wieder zuerst der Gläubiger Eigentümer werden und die Schenkung an Titius nicht

indem B seinen Willen, das Eigentum auf A zu übertragen, durch Hingabe der Sache an C, auf Anweisung des A, bethätigt. Hat der Empfänger den Willen, die Sache sich anzueignen oder für sich zu erwerben — sei es, in der unredlichen Absicht, sie dem C zu entziehen, sei es in der irrigen Meinung, sie wäre für ihn selbst bestimmt,[81] — so läßt sich nicht absehen, weshalb er nicht Besitzer werden sollte. Und daß er den Besitz erlangt, stellt man ja auch schließlich nicht in Abrede; nur vermittelt man dies durch die Denkform, daß zunächst A durch ihn den Besitz erworben und dann an ihn verloren habe, obwohl beides zeitlich — aber nicht begrifflich — in einen und denselben Moment zusammenfalle. Es ist dies aber lediglich eine Fiktion, um das Dogma von der Notwendigkeit des Erwerbes des juristischen Besitzes beim Eigentumserwerb durch Tradition zu retten.[82]

---

zustandekommen, wenn dieser ea mente acceperit, ut nummos creditoris faceret; der Gläubiger behielte dann das Eigentum. Dagegen nach Julian „si postea Titius eandem pecuniam mihi (sc. creditori) dedisset, nummi mei fient;" das Eigentum befindet sich somit in der Schwebe. Vgl. auch Pomp. l. 15 § 2 de C. E. 18, 1. — hoc mihi propositum fuit, quasi tuum dominium ad eum transire. Fraglich bleibt es, wie Paulus l. 26 pr. de don. int. vir. konstruiert: wenn der Verkäufer auf Anweisung des Käufers die Sache der Ehefrau des letzteren, welcher dieser schenken wollte, tradiert hat, so „liberatus erit, quia, licet illa iure civili possidere non intelligatur, certe tamen venditor nihil habet, quod tradat." Dieser Grund würde auch zutreffen, wenn der Verkäufer iussu emptoris die Sache einem furiosus tradiert oder vernichtet hätte. Aber bleibt der Verkäufer Eigentümer? Schwerlich! Denn sonst würde er doch nicht befreit sein und könnte auf Cession seiner Klage gegen die Ehefrau in Anspruch genommen werden. Also wird doch wohl das Eigentum auf den Käufer übergegangen sein.) Etwas anderes kann nun kaum gelten, wenn der Ehemann nicht seinen Schuldner, sondern den, welcher ihm selbst schenken wollte, anweist, der Frau zu geben. Also während nach Celsus hier der Ehemann das Eigentum erwirbt, verbleibt es nach Julian dem dritten. Nur scheinbar sagt das Gegenteil l. 3 § 13. l. 4 de don. int. vir. (vgl. l. 56 eod.); denn mit dem Ausdruck „nullius esse momenti". will Julian sagen, daß der ganze Rechtsakt nichtig ist. Freilich ist es leicht möglich, daß Ulpian und umsomehr noch die Kompilatoren Julian mißverstanden haben. S. auch unten Anm. 116. Anders Pininski, Besitzerwerb II S. 230 fg. Anm.

[81] Mag er meinen, daß B oder daß A ihm die Sache schenken wollte.

[82] Eine zweifellose Bestätigung dieses Dogmas findet man in l. 20 § 2 de A. R. D. 41, 1. (Ulp.): placet per liberam personam omnium rerum possessionem quaeri posse et per hanc dominium. Der Satz ist unbestreitbar, aber in ihm ist nicht ausgesprochen, daß, wenn durch die Besitzergreifung der andere nicht selbst den Besitz erlangt, er nun auch keinesfalls das Eigentum erwerbe. Schwerlich hätte der Jurist dieselbe Begründung angewendet, wenn der Verkäufer iussu emptoris die Sache dem Titius tradiert

VI. Es fragt sich: kann der gemeinschaftliche Sklave den Erwerb auf einen der Herren dadurch beschränken, daß sein Erwerbswille einzig auf diesen gerichtet ist? Wir sehen dabei ganz ab von der nominatio des einen Herrn und dem von diesem erteilten iussus. Die Frage kann nur aufgeworfen werden bei den naturalen Erwerbsakten, also bei Tradition und Okkupation oder auch Spezifikation. Da müssen wir zunächst den Erwerb des im Alleineigentum stehenden Sklaven ins Auge fassen.

Wir können nach den früheren Erörterungen nur an dem Satze festhalten, daß er Eigentum seinem Herrn überall erwirbt, den Besitz aber nur dann, wenn er nicht von einem dritten besessen wird oder selbst im Besitze der Freiheit sich befindet. Sind nun die objektiven Voraussetzungen des Besitzes vorhanden, so wird ein positives Wollen des Erwerbes für den Herrn nicht erfordert. So erlangt der Herr sicher den Besitz, wenn der Sklave auf Geheiß des Herrn die Sache in seine Gewalt bringt, oder für sich selbst Besitz ergreift, mochte auch der animus domini nomine possidendi fehlen.[83] Wie nun aber, wenn der Sklave entschieden nicht für seinen Herrn, sondern für einen dritten den Erwerb machen will. Selbstverständlich kommt die unausgesprochene Absicht nicht in Betracht. Aber es kann doch aus den begleitenden Umständen hervorgehen, daß der Erwerb für den dritten gemacht werden sollte. Auch dann war auf den Besitzwillen des Sklaven selber kein Gewicht zu legen. Entscheidend war vielmehr kraft der Potestas, in welcher der Sklave sich befindet, der Wille seines Herrn. Dieser erwarb den Besitz, wenn er den iussus erteilt hatte, stets und sofort mit der Besitzergreifung. War dem Sklaven ein iussus nicht erteilt worden, so fiel dem Herrn der Besitz zu, sobald er die Besitzergreifung genehmigt hatte. Durch die Genehmigung konnte er aber den Besitz dann nicht erlangen, wenn der Sklave inzwischen die Sache dem dritten für den er sie erwerben wollte, bereits herausgegeben hatte; die nachträgliche Ratihabition konnte

---

und dieser sie quasi sibi adquisiturus in Empfang genommen hätte. Übrigens bekenne ich, nicht zu verstehen, woher in dem dort behandelten Falle, wo der eine Mitkäufer zugleich für den andern die Sache sich tradieren läßt, ein Bedenken hinsichtlich des Eigentumserwerbes des letzteren („*puto* mihi quoque quaesitum dominium") kommen konnte.

[83] Mandry a. a. O. I S. 79. 122 fg.; vergl. Bekker, Recht des Besitzes S. 209.

hier, mag man auch sonst hinsichtlich des Besitzerwerbes Rückziehung annehmen, keine Wirkung haben. Davon abgesehen ist auch hier wieder der Erwerb des Eigentumes für den Herrn von der Besitzfrage getrennt; so konnte er nicht stattfinden, wenn dem Sklaven für den dritten tradiert war. Doch darauf werden wir gleich zu sprechen kommen.

Dem widerspricht nun freilich entschieden Paulus in l. 1 § 19 de A. P. 41, 2. Ein Besitzerwerb durch Sklaven soll nur stattfinden „si et ipsi velint nobis adquirere possessionem." Dabei ist einzig an den Fall gedacht, daß der Sklave für einen anderen erwerben wollte. Das geht aus dem folgenden Satze hervor, in welchem der Jurist sich nicht scheut, die volle Konsequenz seines Willensdogmas zu ziehen: „nam si iubeas servum tuum possidere et is eo animo intret in possessionem, ut nolit tibi, sed potius Titio adquirere, non est tibi adquisita possessio." Mit Recht hat dieser Ausspruch Anstoß erregt[84] und man hat Paulus durch die Annahme einer Interpolation[85] gleichsam zu retten gesucht. Sie scheint jedoch weder geboten, noch auch gerechtfertigt. Es läßt sich nicht absehen, was die Kompilatoren dazu veranlaßt haben sollte, den ganzen § 19 in die Auseinandersetzung des Juristen einzuschieben. Das Argument, daß man Paulus jenen Ausspruch nicht zumuten dürfe, will nicht viel verschlagen. Haben doch die Neueren den von ihm aufgestellten Satz bisher ohne jedes Bedenken fast als selbstverständlich angenommen.

Es drängt sich hier die Frage auf: konnte überhaupt durch einen fremden Sklaven als Stellvertreter Besitz und Eigentum durch Tradition erworben werden? Wir sehen dabei natürlich ganz ab von dem Falle, daß der Sklave von dem dritten selbst, um dessen Erwerb es sich handelt, oder von niemand besessen wird. Gegen die Annahme eines solchen Erwerbes spricht allerdings erheblich der Umstand, daß die Quellen davon nichts enthalten. An keiner Stelle, wo von dem Besitzerwerbe durch eine libera persona oder einen procurator die Rede ist, findet sich die leiseste Andeutung, daß ein solcher auch durch fremde Sklaven

---

[84] Iherings (Besitzwille S. 287) scharfe Kritik scheint mir durchaus berechtigt.

[85] So wird von Gradenwitz, Interpolationen S. 220 der ganze § 19 Tribonian zugeschrieben.

stattfinden könnte. Weniger Gewicht wäre darauf zu legen, daß beim gemeinschaftlichen Sklaven die Beschränkung des Erwerbes auf einen Herrn durch nominatio desselben als eine Besonderheit hervorgehoben wird, was doch nicht hätte geschehen können, wenn der Erwerb des Sklaven nomine eines dritten anerkannt gewesen wäre. Denn da handelt es sich in erster Reihe um formelle Rechtsakte, die auf den Namen des einen Herrn gestellt sind.[86] Entscheidend scheint aber schließlich, daß durch seinen von einem anderen besessenen Sklaven selbst der Herr nicht Besitz erwerben kann.[87] Wie sollte denn ein dritter durch den im Besitze des Herrn selber befindlichen Sklaven Besitz erlangen können? Und doch machen wieder die mit dem Verkehrsleben unverträglichen Resultate, zu denen wir in konsequenter Durchführung des Grundsatzes, daß der Sklave (und überhaupt der Gewaltunterworfene) nicht als eigentlicher Stellvertreter eines dritten Erwerbsakte vornehmen könne, gelangen, in hohem Grade bedenklich.

Es scheint, daß man nur dann, wenn man die verschiedenen Fälle der Stellvertretung auseinanderhält, die für den Erwerb durch fremde Sklaven geltenden Rechtsgrundsätze wird erkennen können.

a) Beim Erwerb durch Tradition ist zweierlei möglich. Der fremde Sklave kann zunächst den dritten blos im Apprehensionsakt vertreten, während das der Tradition zu Grunde liegende Rechtsgeschäft oder die den Erwerb vermittelnde Kausalberedung zwischen dem dritten und dem Tradenten vorgenommen ist. Z. B. jemand läßt die gekaufte, die ihm aus einer Stipulation oder einem Vermächtnis geschuldete Sache, oder den Gegenstand, der ihm geschenkt oder zur Dos gegeben werden sollte, durch den Sklaven abholen oder in Empfang nehmen. Daß hier sein Herr den Besitz nicht erworben hat, liegt auf der Hand. Aber auch auf den Auftraggeber ist der Besitz nicht übergegangen. Hier steht der vorhin angeführte Rechtssatz entgegen; ebensowenig wie für sich selbst kann der im Besitze des Herrn befindliche Sklave für einen anderen Besitz erwerben und ausüben. Mithin könnte für den dritten eine Usukapion immer erst beginnen, wenn ihm die Sache überbracht ist. Dagegen das Eigentum ist schon mit der Tradition

---

[86] Vgl. Mandry a. a. O. S. 125. 126.

[87] z. B. l. 21. l. 54 § 4 de A. R. D. Hierauf und auf den Besitzerwerb durch den selbstbesessenen Sklaven wird später näher eingegangen werden.

an den Sklaven auf den dritten übertragen, also auch der Schuldner befreit, die Schenkung perfekt geworden. War an den unbeauftragten Sklaven in der Meinung, daß er dem dritten gehöre, also nicht blos zum Überbringen, die Sache tradiert worden, so tritt der Eigentumsübergang mit der Ratihabition ein.

Es kann nun aber auch das die Tradition begründende Rechtsgeschäft, z. B. der Kaufvertrag, vom Sklaven selbst, sei es mit, sei es ohne Auftrag des dritten, für diesen geschlossen sein. Unzweifelhaft erwirbt hier der Herr das Eigentum (gleichviel ob der Kaufpreis aus dem Vermögen des dritten gezahlt ist oder nicht), wie auch für ihn die Forderung aus dem zu Grunde liegenden Kontrakt entsteht und er allein de peculio dem Kontrahenten verpflichtet wird. Daß für und gegen den dritten die actio mandati begründet sein kann, braucht nicht besonders bemerkt zu werden. Es macht auch keinen Unterschied, wenn der Sklave im Namen des dritten, d. h. indem er sich als Vertreter desselben zu erkennen giebt, den Vertrag eingeht. Berechtigt und verpflichtet (de peculio) könnte aus ihm immer nur der Herr des Sklaven, nicht der dritte werden und so erwirbt er auch selbst das Eigentum, es sei denn, daß der Tradent den Willen, auf den dritten das Eigentum zu übertragen, kundgegeben hat. Aber auch dann geht das Eigentum auf den dritten nicht über, weil die Tradition so wenig, wie das ihre causa bildende Rechtsgeschäft selbst für jenen Wirkung haben kann.[88]

b) Wenn der fremde Sklave im Auftrage eines dritten eine herrenlose Sache okkupiert, so fällt das Eigentum stets seinem Herrn zu, ohne daß sein auf die Person eines anderen gerichteter Erwerbswille hier weiter in Betracht kommen könnte. Ob und wann eine actio mandati (de peculio) gegen den Herrn stattfinde, ist hier nicht weiter zu erörtern.

Also in den Fällen, wo durch die Besitzergreifung des Sklaven für den Herrn — bezw. wenn der Vertreter ein Freier wäre, für diesen selbst — überhaupt Eigentum erworben werden kann, wird es ihm auch sofort erworben und ist mithin der Erwerb des dritten durch den fremden Sklaven als Stellvertreter ausgeschlossen. Nur wo das den Erwerb vermittelnde Rechtsgeschäft

[88] Glaubte der Tradent, daß der Sklave dem dritten gehöre und ist auf Kredit verkauft, so würde schon der Wille, auf letzteren Eigentum zu übertragen, ausgeschlossen sein.

selbst (Kauf, Stipulation u. s. w.) von dem dritten vorgenommen oder in seiner Person die causa des Erwerbes begründet ist, kann dieser durch die für ihn erfolgende Besitzergreifung des fremden Sklaven Eigentum erwerben.

c) Dieser Grundsatz erfährt jedoch eine Modifikation, wenn der Sklave sich in einem Dienstverhältnis beim dritten befindet, sei es daß der Herr oder daß er selbst seine operae vermiethet hat. Diese Dienstleistungen können rein faktischer Natur sein oder auch in der Abschließung von Rechtsgeschäften für den dritten bestehen. Bei den ersteren wird ein Rechtserwerb nicht leicht in Frage kommen, und der Dienstleistende, wo durch seine Thätigkeit der Erwerb für den dritten herbeigeführt wird, nicht sowohl als Stellvertreter, denn vielmehr als Gehilfe behandelt werden müssen, dessen besonderer Wille hier gar nicht in Betracht kommt. Es kann hier keinen Unterschied machen, ob dieser Gehilfe eigener Sklave oder ein Freier oder ein fremder Sklave ist. So kann es keinem Zweifel unterliegen, daß der Nießbraucher oder Pächter durch die Thätigkeit der zur Ernte oder Schafschur oder für die landwirtschaftlichen Verrichtungen überhaupt gedungenen Arbeiter, ob Freie oder Sklaven, unmittelbar Besitz und Eigentum an den Produkten erwirbt; er selbst ist es der die Früchte perzipiert.[89] Schwerlich ist auch jemals ein römischer Jurist auf den Gedanken verfallen, daß das Eigentum der durch einen fremden Sklaven erbeuteten Tiere und gewonnenen Mineralien nicht demjenigen, der ihn für die Jagd, den Fischfang u. s. w. angestellt hat, sondern seinem Herrn durch die Okkupation erworben werde. Hier wie dort ist der fremde Sklave (oder der Freie) nur das Werkzeug, mit dessen Hilfe der, welcher ihn gemietet hat, den Erwerb vollzieht, gewissermaßen eine Vervielfältigung seiner eigenen Erwerbskraft und seiner persönlichen Thätigkeit.

Etwas anders steht es, wenn dem fremden Sklaven oder dem Freien die Abschließung von Rechtsgeschäften übertragen ist. Der Normalfall ist die Anstellung als institor oder magister navis. Die Quellen lassen bekanntlich darüber keinen Zweifel, daß aus allen Kontrakten zunächst der institor und magister

---

[89] Vgl. auch l. 6 de donat. 39, 5. Dagegen wenn der Nießbraucher oder Pächter das Grundstück durch einen andern (villicus) — Freien oder fremden Sklaven — bewirtschaften läßt, so nimmt dieser als Stellvertreter die Perzeption für jenen vor. Vgl. auch Pininski a. a. O. I. S. 111.

selbst bezw. ihr Gewalthaber die Forderung erwerben. Ebensowenig zweifelhaft scheint es aber, obwohl die Quellen nichts davon enthalten, daß durch die vom institor und magister in dem Geschäftsbetriebe mit Rücksicht auf ihre Anstellung vorgenommenen Erwerbsakte[90] der Prinzipal und der exercitor, nicht etwa sie selbst oder ihr Gewalthaber das Eigentum erwerben.[91] Der Beweis hierfür liegt schon darin, daß sonst die Anstellung eines fremden Sklaven oder eines Freien als institor überhaupt nicht hätte vorkommen können; denn ein Verkehr hätte dabei nicht bestehen können, wenn die vom institor oder magister navis erworbenen Sachen nicht in das Eigentum des Geschäftsherrn oder exercitor gekommen wären, und dieser sich einzig auf eine Forderung (actio locati conducti) gegen jenen bezw. gegen den Herrn oder Gewalthaber (de peculio) verwiesen gesehen hätte. Man braucht nur an den Verkauf der vom institor eingekauften Waren, an Bankgeschäfte, die durch den institor (mutuis pecuniis accipiendis) betrieben werden, an Darlehne, die ein magister navis zur Reparatur oder Ausrüstung eines Schiffes aufnimmt, zu denken, um die Unmöglichkeit jener Annahme zu empfinden. Und käme man noch zur Not bei einem Freien als institor oder magister mit einem Eigentumserwerbe desselben zurecht, so würde bei einem fremden Sklaven durch die Annahme, daß der Herr das Eigentum erwirbt, der Geschäftsverkehr des Prinzipals ausgeschlossen sein.[92] Wird so durch das praktische Bedürfnis der Erwerb des fremden Sklaven für den Geschäftsherrn geboten, so findet er seine innere Begründung in der Natur des Dienstverhältnisses, in welchem der Sklave zu diesem steht. Der Herr, der seinen Sklaven vermietet oder mit dessen Zustimmung dieser sich selbst verdingt, erklärt sich damit einverstanden, daß derselbe in seiner Eigenschaft als institor oder magister navis und überhaupt innerhalb des ihm zugewiesenen Geschäftskreises für den Präponenten, der ja auch selbst ver-

---

[90] Es sei denn, daß durch deren formelle Natur der Erwerb für einen andern ausgeschlossen ist, wie bei der mancipatio.

[91] Übereinstimmend Pininski a. a. O. II. S. 228 Anm., aber ohne nähere Begründung.

[92] Dann könnte der Sklave als institor die erworbene Sache nicht wirksam veräußern. Und wie, wenn der Herr selbst an ihn verkauft? Der Prinzipal haftet dem Herrn mit der act. institoria, aber das Eigentum würde durch die Tradition an den Sklaven auf jenen nicht übertragen werden.

pflichtet wird, Eigentum erwerbe, wo es ohnedies ihm selbst kraft seiner potestas zugefallen wäre. Wenn der Sklave mit Ermächtigung des Herrn (als Geschäftsführer desselben oder als mit administratio ausgestatteter Pekulieninhaber) diesem gehörige Sachen veräußern kann, so muß es auch als möglich erscheinen, daß er mit dem Willen des Herrn für den dritten, statt für letzteren Besitz und Eigentum erwerbe. Als zustimmend muß der Herr aber angesehen werden, wenn er es überhaupt zuläßt, daß der Sklave seine operae vermietet. So wird insbesondere beim servus fugitivus — abgesehen natürlich von dem Falle, daß er vom Präponenten bona fide besessen wird — der Erwerb für den Geschäftsherrn oder exercitor allerdings in Frage gestellt werden können.

Es würde sich aus dem Bisherigen zugleich ergeben, daß überall, wo ein dritter ein Recht auf die operae des fremden Sklaven hat — wie der Nießbraucher, Usuar, bon. fid. possessor — er auch durch den Sklaven als institor u. dgl. Eigentum erwirbt, ohne daß wie sonst beim Erwerbe darauf gesehen werden könnte, „ex cuius re“ dieser gemacht ist.[93] Demzufolge würde hier auch der Erwerb der vom servus fructuarius als Institor auf Kredit gekauften Sache nicht in pendenti sein, sondern sofort dem Nießbraucher zufallen.

Werfen wir noch einen Blick auf den Eigentumserwerb durch Spezifikation, so versteht es sich von selbst, daß hier nur die nichtsabinianische Meinung in Betracht kommt. Bearbeitet der Sklave fremden Stoff, so kann es auch hier auf seinen Willen für die Frage nach dem Erwerbe des Eigentums in keiner Weise ankommen. Er erwirbt das Eigentum dem Herrn, sofern dieser es selbst durch eigene Thätigkeit erworben hätte, oder — was dasselbe sagen will — sofern es ihm selbst, als einem Freien zugefallen wäre. Entscheidend ist mithin, ob er suo oder alieno nomine gehandelt hat.[94] Der dritte wird Eigentümer, wenn der Sklave die Verarbeitung des ihm von demselben übergebenen Stoffes durch Kontrakt (operis locatio oder mandatum) übernommen, oder wenn er selbst den Sklaven dazu gemietet hat.

---

[93] Vgl. l. 20 de usu. 7, 8. (Marcell.) Servus, cuius mihi usus legatus est, adquirit mihi, si institor erit et operis eius utar in taberna.

[94] Vgl. l. 25. l. 27 § 1 de A. R. D. 41, 1. — l. 31 pr. § 1 de don. int. vir. 24, 1.

Daß der Erwerb des dritten hier mit dem Rechtssatze „per alienos servos nulla ex causa nobis adquiri potest“ in Widerspruch stehen würde, wird niemand behaupten wollen. Denn Spezifikation ist keine Rechtshandlung, durch welche der Erwerb eines vorhandenen Vermögensobjektes vermittelt wird, sondern die an sich ganz unjuristische Schaffung eines neuen Vermögensobjektes, dessen Eigentum die Rechtsordnung nach besonderen Gesichtspunkten normiert. Genauer betrachtet, erwirbt hier nicht der Sklave für den dritten, der dritte durch den Sklaven das Eigentum, sondern es fällt dem dritten das Eigentum an der von dem Sklaven hervorgebrachten Sache unmittelbar zu, weil diese Sache auf Grund kontraktlicher Festsetzung für ihn hervorgebracht ist. Andernfalls könnte ja nach römischem Recht der Besteller auch nicht das Eigentum der von einem Freien aus dem jenem gehörigen Stoffe durch Verarbeitung hergestellten Sache erwerben. Denn durch Besitzerwerb wird der Eigentumserwerb im Falle der Spezifikation nicht vermittelt.[95] Die Annahme aber, daß der Herr des Sklaven und nicht der Besteller Eigentümer der aus seinem Stoffe gefertigten Sache würde, müßte es als unbegreiflich erscheinen lassen, daß im römischen Verkehre überhaupt solche Gewerbe von Sklaven betrieben werden, oder Sklaven für die Betreibung solcher Gewerbe von den Herren angestellt sein konnten, bei denen es sich um die Herstellung von Sachen aus übergebenem Material handelt. Hätte dann wohl noch jemand fremden Sklaven Stoff zur Verarbeitung übergeben? Und wie wenn ein dritter den Sklaven zu dergleichen Arbeiten mietet oder der Sklave seine operae vermietet? Die Römer wären doch wunderliche Leute gewesen, wenn sie sich auf solche Geschäfte mit Sklaven eingelassen hätten.

Auch beim Erwerbe des gemeinschaftlichen Sklaven wird auf die besondere Willensrichtung desselben keine Rücksicht genommen. Er fällt grundsätzlich allen Herren zu, mochte auch der Sklave nur für den einen derselben erwerben wollen, falls nicht diesem Willen beim Erwerbsgeschäfte selbst Ausdruck gegeben ist. Hat der Sklave etwa für den einen Herrn einen Kauf geschlossen, so wird

---

[95] Es genügt statt aller auf Czyhlarz in Glücks Komment. Ser. d. B. 41. 42. T. 1 S. 314 fg. zu verweisen. A. M. scheint Ihering a. a. O., der unsern Fall unter dem Gesichtspunkt des Besitz= und Eigentumserwerbes durch Stellvertreter auffaßt.

natürlich auch die nachfolgende Tradition, ohne daß es bei der Empfangnahme einer besonderen Erklärung bedürfte, nur diesem das Eigentum verschaffen. Der Sklave hat dann eben als Vertreter dieses Herrn gehandelt. Dieses Vertretungsverhältnis, also daß das Erwerbsgeschäft für den einen Herrn vorgenommen wird, muß aber immer auch äußerlich hervortreten; und dies ist nur dann der Fall, wenn der Erwerbsakt entweder ausdrücklich auf den einen Herrn gestellt ist, oder iussu unius domini oder auch auf Grund der Anstellung des Sklaven seitens desselben innerhalb des ihm übertragenen Geschäftsbetriebes vorgenommen wird.[96] Keineswegs aber kann der gemeinschaftliche Sklave durch seinen bloßen Entschluß den Erwerb z. B. der ihm geschenkten Sache oder der okkupierten res nullius oder des gefundenen Schatzes willkürlich auf die Person des einen Herrn hinlenken.

Auch hier scheint Paulus eine abweichende Auffassung zu vertreten. l. 1 § 7 D. de A. P. 41, 2: Per communem sicut per proprium adquirimus (sc. possessionem) etiam singuli in solidum, si hoc agat servus ut uni adquirat: sicut in dominio adquirendo. Allerdings sehen die letzten vier Worte ganz wie ein Glossem aus,[97] das aber wohl dem Sinne des Juristen entspricht, welcher schwerlich seine Aufstellung auf den Besitzerwerb im Gegensatz zum Eigentumserwerb beschränkt haben wird. Möglich wäre es auch, das „si hoc agat servus“ in beschränkterem Sinne zu nehmen, so daß darunter nur die vorhin hervorgehobenen Fälle zu verstehen wären. Aber im Hinblick auf l. 1 § 19 eod. wird man auch diesen Ausweg verwerfen müssen. Paulus ließ hier in der That die Wirkung des Erwerbsaktes vom Willen des Sklaven abhängen. Damit ist natürlich nicht gesagt, daß er dem bloß innerlich gebliebenen Willen entscheidende Bedeutung beimaß; nur brauchte die Absicht, für den einen der

---

[96] So wenn der Sklave Gutsverwalter, Institor, Geschäftsführer des einen Herrn ist. Bekker, Besitz S. 210 meint noch, „wenn andere Gründe ersichtlich machen, daß der Erwerb nur für Einen geschehen sollte“; aber die von ihm angeführten Quellenstellen betreffen einen ganz andern Fall. Übrigens braucht nicht besonders hervorgehoben zu werden, daß wir es hier nur mit dem Erwerbe von Sachen zu thun haben; der Erwerb einer Forderung kann einzig durch nominatio oder iussus an die Person des einen Herrn geknüpft werden.

[97] Gradenwitz a. a. O. S. 220 hält den Satz „si hoc—adquirat“ für interpoliert und, wie es scheint, das folgende Anhängsel (zu dem dann etwa diximus hinzuzudenken wäre) für echt.

Herren zu erwerben, nicht schon beim Erwerbsakte selbst erkennbar hervorzutreten, es genügte vielmehr, wenn sie sich aus dem weiteren Verhalten des Sklaven oder aus der Verfügung über die erworbene Sache mit Sicherheit ergab. So wenn er dem Herrn von dem für ihn gemachten Erwerbe sofort Mitteilung macht und dieser ihn genehmigt, oder die Sache gleich nach dem Erwerbe demselben aushändigt oder auch unmittelbar in dessen Nutzen verwendet, zumal wenn es sich um den Erwerb einer Sache handelt, welche einzig für jenen Herrn Wert hat. Hat nun Paulus in der That solche den Erwerb begleitenden Umstände im Sinne gehabt,[98] so wird das von ihm aufgestellte Prinzip weniger bedenklich erscheinen, da ja dem anderen Miteigentümer ein Ersatzanspruch verbleiben würde.[99] Und was den Erwerb des Besitzes anbetrifft, so werden wir ihm hier nur beistimmen können, was nach den früheren Ausführungen (S. 34. 45) keiner weiteren Begründung mehr bedarf.

Wir hatten es bisher nur zu thun mit Erwerbsgeschäften, die der Sklave selbst vornimmt. So wenn er in eigener Person einen Kauf abschließt oder wenn ihm selbst geschenkt wird. Ganz verschieden davon ist der Fall, wenn zwar der Erwerbsakt vom Sklaven vollzogen, ihm tradiert wird, das kausale Moment für diesen Erwerb aber in der Person des Herrn begründet ist, für den ersterer die Sache in Empfang nehmen soll, auf den also der dritte das Eigentum direkt übertragen will. So wenn die Tra-

[98] Daß der gemeinschaftliche Sklave die Macht habe, nach seinem Belieben einen von ihm gemachten Erwerb auf den einen oder anderen seiner Miteigentümer zu lenken, oder daß für die Richtung des sich an das Geschäft knüpfenden Erfolges der Wille des Sklaven maßgebend sei (wie Schloßmann a. a. O. Bd. VIII S. 444 sich ausdrückt und fast alle ohne Bedenken annehmen), scheint mir in l. 1 § 7 cit. jedenfalls nicht ausgesprochen zu sein. Nach jener Auffassung hätte der Sklave das Eigentum der ihm aus einem Kaufe oder schenkungshalber tradierten Sache jederzeit durch die einfache Erklärung, daß er sie für den einen Herrn habe erwerben wollen, diesem zuwenden können. So „verrannt" in das Willensdogma war Paulus nicht, daß er einen Satz statuiert hätte, bei dessen Durchführung der Eigentumserwerb durch einen servus communis, wenn er ohne nominatio des Herrn erfolgte, allemal ins Ungewisse gestellt gewesen wäre.

[99] Ist der Erwerb für jenen Herrn allein von ökonomischem Interesse, so wird ihm der andere Miteigentümer freilich die Sache nicht streitig machen. Es liegt aber auf der Hand, daß es praktisch einen erheblichen Unterschied macht, ob man letzterem bloß eine Forderung, oder selbst ein Eigentumsrecht an der Sache einräumt, durch welches der Anspruch auf Abfindung doch erst hinlänglich gesichert wird.

dition an den Sklaven behufs Erfüllung einer zwischen dem Herrn und dem dritten bestehenden Obligation (z. B. ex empto, stipulatu, testamento), oder auf Grund einer zwischen beiden getroffenen Kausalberedung (z. B. donandi, dotis dandae, transigendi, obligandi causa) erfolgt. Dabei wird hier immer vorausgesetzt, daß die Leistung an den Sklaven auf Anweisung von seiten des Herrn geschieht; denn wenn auch ohne solche der Eigentumsübergang sofort eintritt, so würde regelmäßig erst durch die nachfolgende Ratihabition des Herrn der rechtsgeschäftliche Zweck und Erfolg der Übereignung (causa traditionis) verwirklicht werden.[100] Hier besteht nun in der That ein Stellvertretungsverhältnis; der Sklave vollzieht den Erwerbsakt als — bevollmächtigter oder nicht bevollmächtigter — Stellvertreter seines Herrn und so können denn auch die für den Erwerb durch einen procurator geltenden Rechtsgrundsätze hier Anwendung

[100] Daher condictio, wenn die Ratihabition ausbleibt; ob auch, bevor sie erfolgt, also sogleich, — das ist eine Frage, deren Beantwortung hier zu weit führen würde. Es kommt dabei auf die begleitenden Umstände, namentlich auch darauf an, ob die Leistung in der irrigen Annahme des sofortigen Eintrittes des vorausgesetzten Erfolges der Eigentumsübertragung geschah. Vgl. Paul. l. 23 de N. G. 3, 5 mit Jul. l. 46 de J. D. 23, 3. l. 58 pr. de sol. 46, 3. Jedenfalls würde durch die condictio der dominus genötigt werden, sich über die Ratihabition zu erklären. Im übrigen bleibt zwischen der Leistung an einen Sklaven und an einen unbeauftragten procurator der erhebliche Unterschied, daß bei letzterer unter der gleichen Voraussetzung das Eigentum erst mit der Ratihabition des Vertretenen auf diesen übergeht. — Im Texte ist der Ratihabition „regelmäßig" die hervorgehobene Wirkung beigelegt; also der Herr erwirbt zwar durch den Sklaven sofort das Eigentum, aber er verliert noch nicht seine Forderung, wenn solvendi causa, und wird nicht verpflichtet, wenn obligandi causa geleistet wurde. Dagegen kommt durch die Tradition eine Schenkung sofort zu stande, wenn vorher ein — formloser — Schenkungsvertrag zwischen dem Herrn und dem dritten geschlossen war. (Über den Fall, wenn keine Schenkberedung zuvor stattgefunden hatte, s. S. 35. 59 und vgl. unten § 4.) Anders verhält es sich wieder bei der Tradition an einen freien Stellvertreter. Jedoch daß die Schenkung hier nicht perfekt wird, ist i. A. eigentlich ohne praktische Bedeutung, da die rei vindicatio bezw. condictio gegen den Empfänger (procurator) erst dann begründet ist, wenn der zu Beschenkende (dominus) nicht ratihabiert; daß aber dieser die Ratihabition, die ihm gegen den procurator einen Anspruch verschafft, versagen und so sich selbst um die Zuwendung bringen werde, wäre doch ein kaum noch in Betracht kommender Fall. Einzig dann wenn die Schenkung der lex Cincia zuwiderläuft, würde hier der Umstand, daß sie noch nicht perfekt geworden, allerdings praktische Bedeutung gewinnen, indem nun sofort, bis die Ratihabition erfolgt, der Geber die Sache dem Empfänger wieder nehmen und damit das Zustandekommen einer Schenkung überhaupt hindern könnte.

finden. Indessen da aller Erwerb des Sklaven dem Herrn ohnehin zufällt, er weder für sich selbst noch für einen dritten erwerben kann, so tritt die Stellvertretung völlig zurück hinter das Gewaltverhältnis, welches die unmittelbare Wirkung jedes Erwerbsaktes des Sklaven für den Herrn zur Folge hat. Praktische Bedeutung gewinnt sie erst, wenn der Sklave in der Gewalt mehrerer Herren steht, da er hier für jeden derselben allein zu erwerben vermag.

Es werden hier mithin — abgesehen von dem von einem der Herren dem Sklaven erteilten iussus — dieselben Grundsätze platzgreifen müssen, welche in dem gleichen Falle bei der Tradition an einen freien Stellvertreter anerkannt sind. Darüber bestand nun aber bekanntlich eine Meinungsverschiedenheit, ob hier der Erwerb für denjenigen, auf welchen das Eigentum übergehen soll, dadurch gehindert werde, daß der Empfänger den Willen hat, für sich selbst oder einen dritten zu erwerben.

l. 37 § 6 de A. R. D. 41, 1. Si cum mihi donare velles, iusserim te servo communi meo et Titii rem tradere isque hac mente acceperit, ut rem Titii faceret, nihil agetur: nam et si procuratori meo rem tradideris, ut meam faceres, is hac mente acceperit ut suam faceret, nihil agetur. Quod si servus communis hac mente acceperit, ut duorum dominorum faceret, in parte alterius domini nihil agetur. (Jul. l. 44 digest.)

l. 13 de donat. 39, 5. Qui mihi donatum volebat, servo communi meo et Titii rem tradidit; servus vel sic accepit quasi socio adquisiturus, vel sic quasi mihi et socio: quaerebatur, quid ageret. Et placet, quamvis servus hac mente acceperit, ut socio meo vel mihi et socio adquirat, mihi tamen adquiri: nam et si procuratori meo hoc animo rem tradiderit, ut mihi adquirat, ille quasi sibi adquisiturus acceperit, nihil agit in sua persona sed mihi adquirit. (Ulp. l. 7. disp.)

Die beiden Stellen sind schon seit der Glossatorenzeit bis zum Überdruß erörtert worden, so daß es eher einer Entschuldigung bedürfen möchte, wenn sie hier überhaupt noch herangezogen werden, als wenn auf sie und die vielfachen Auslegungen

und verunglückten Vereinigungsversuche nicht näher eingegangen wird.[101] Nur folgende Bemerkungen mögen hier Platz finden.

a) Beide Juristen argumentieren aus dem Erwerbe durch den procurator auf den Erwerb durch den servus communis und gelangen so bei dem letzteren zu der gleichen Entscheidung wie beim ersteren. Ausgeschlossen ist es daher, den Widerspruch zwischen beiden auf eine Meinungsverschiedenheit über die Möglichkeit des Besitzerwerbes durch dritte zurückzuführen, den Julian verworfen hätte.[102] Ferner muß der procurator hier in der gewöhnlichen Bedeutung des Wortes, nämlich als bevollmächtigter Vertreter und zwar noch genauer als bevollmächtiger (angestellter) Geschäftsführer oder Vermögensverwalter (procurator omnium bonorum) genommen werden.

b) Der Schenker hat auf Anweisung des zu Beschenkenden tradiert. Es ist also zunächst ein Schenkungsvertrag vorangegangen d. h. der Schenkungswille ist von dem einen erklärt, von dem andern acceptiert worden; sonst hätte auch nach Ulpian der Herr, für welchen dem procurator die Sache übergeben war, den Erwerb nicht gemacht. Sodann von einem iussus spricht ausdrücklich Julian und es läßt sich nicht annehmen, daß Ulpian eine andere Voraussetzung in den Fall hineingedacht hat, obwohl dies allerdings beim procurator omnium bonorum keinen Unterschied gemacht haben würde.[103] Wie nun beim servus communis? Es mag hier eine Abschweifung auf Schenkungen an Sklaven überhaupt, gestattet sein. Sehen wir ganz ab von dem Falle, wenn der Schenker den Sklaven als

---

[101] Vgl. aus der neuesten Litteratur Schloßmann in Grünhuts Zeitschr. f. d. Privatrecht VIII. S. 429 fg., IX. S. 329 fg. Zoll ebendas. S. 37 fg. Bekker, R. d. Besitzes S. 213 fg. Schloßmann, Besitzerwerb durch dritte S. 154 Anm. 2. Pininski a. a. O. II. S. 543 fg.

[102] Wie Schloßmann a. a. O. IX. S. 333 behauptet, indem er meint, daß der procurator nach Julian zunächst selbst erwerbe, was aber im Falle der Schenkung durch einen „unredlichen" procurator nicht hätte angenommen werden können. Aber erwirbt denn etwa der Sklave auch zunächst selbst das Eigentum? Und wird von Julian gerade ein unredlicher procurator vorausgesetzt?

[103] Erfolgt die Tradition an einen unbeauftragten Vertreter, so würde der Schenknehmer das Eigentum überhaupt erst mit der Ratihabition erwerben und es ist mindestens fraglich, ob Ulpian auch in dem Falle, wenn der procurator die Sache für sich selbst in Empfang nahm, der Ratihabition Wirkung zugeschrieben hätte. (Vgl. Anm. 100.) Damit zerfallen auch zum Teil die kasuistischen Ausführungen von Bekker a. a. O. besonders S. 214 Anm. 2.

bloßen Boten benutzt, der die Sache dem anderen unter Mitteilung des Schenkungswillens erst überbringen soll,[104] — wobei es auch keinen Unterschied machen kann, ob dies ein eigener Sklave des Schenkers oder des zu Beschenkenden und letzterenfalls, ob ein ihm allein gehöriger oder ein gemeinschaftlicher ist — so bleiben noch folgende Fälle übrig.

α. Regelmäßig ist die Absicht des Gebers darauf gerichtet, dem Sklaven selbst die Zuwendung zu machen. Der Erwerb für den Herrn, der dem Schenker vielleicht ganz ferne steht, den er etwa gar nicht einmal persönlich kennt, tritt nur als eine rechtlich notwendige Folge der Herrengewalt ein. Nicht dem Herrn, sondern der Person des Sklaven will der Schenker seine Zuneigung bezeigen; ihm soll die Liberalität zu gute kommen, d. h. er soll den Genuß des zugewendeten Gegenstandes haben, wenn auch das Recht dem Herrn erworben wird.[105] Besitzt der Sklave ein Pekulium, so gelangt der geschenkte Gegenstand in dieses.[106] Aber auch wenn er kein Pekulium hat, erfolgt doch die Schenkung in seinem eigenen Interesse, indem er den Gegenstand nach dem Willen des Schenkers thatsächlich in Händen behalten und benutzen, bezw. verbrauchen oder über ihn verfügen soll.[107] Es leuchtet ein, daß es hier ganz gleichgiltig sein muß, ob der Sklave nur einem oder mehreren gehört, und daß ein Irrtum des Schenkers über das an dem Sklaven stattfindende Eigentumsverhältnis ohne jede Bedeutung ist.

β. Es kann aber auch der Wille des Gebers auf den Herrn selbst gerichtet sein.[108] Dann wird dem Sklaven für den Herrn „ea mente, ut res statim domini fiat“ (l. 10 cit.), oder noch

[104] l. 10 de donat. 39, 5 — si rem missam sibi non acceperit, donatae rei dominus non fit, etiamsi per servum eius cui donabatur missa fuerit. Vgl. oben S. 35.

[105] So auch und noch entschiedener beim Vermächtnis, vgl. oben S. 20 fg.

[106] Vgl. oben S. 34.

[107] Es würde sich sogar fragen, ob dem Schenker nicht eine condictio zuständig wäre, wenn der Herr dem Sklaven die Sache entzieht. Würde sie doch in dem gleichen Falle sicher dann begründet sein, wenn dem Herrn selbst mit dem modus geschenkt wird, die Sache im Gebrauche des Sklaven zu belassen.

[108] Beide Fälle werden in den Quellen scharf voneinander gesondert. So Ulp. l. 22 de usufr. 7, 1: — si quid donetur servo, . . . si contemplatione . . proprietarii . ., si vero ipsius servi . . Afric. l. 23 de m. c. don. 39,6: — si modo ipsi potius filio quam patri donaturus dederit . . idque iuris fore et si de persona servi quaeratur. Marcell. l. 12 § 2 mand. 7, 1. Si filiusfamilias vel servus fuit fideiussor et pro his solvero donaturus

richtiger, dem Herrn durch den Sklaven geschenkt. Dabei ist nun wieder zweierlei möglich. Zunächst: es ist eine Schenkberedung mit dem Herrn vorangegangen, dieser hat die ihm erklärte Zuwendung angenommen; die Schenkungsabsicht wird realisiert, die Schenkung vollzogen durch die, mit oder ohne Anweisung des Herrn, an den Sklaven erfolgende Rechtsübertragung oder Promission.[109] Sodann: es wird dem Herrn, ohne sein Vorwissen, durch die Mittelsperson des Sklaven die Zuwendung gemacht. Keine Frage, daß auch hier dem Herrn ohne seine Zustimmung und selbst wider seinen Willen erworben wird.[110] Man könnte nur zweifeln, ob, wenn der Herr ablehnt, eine Schenkung an ihn zustandekomme. Es scheint hier aber die Sache genau so zu liegen, wie da, wo der Schenkungswille auf den Sklaven selbst gerichtet war. Die Wirkung des Erwerbsgeschäftes des Sklaven tritt unmittelbar für den Herrn kraft rechtlicher Notwendigkeit ein; eine Schenkung an den Herrn liegt aber nur dann vor, wenn dieser die ihm gemachte Zuwendung annimmt.[111]

Dies erweist sich von Bedeutung, wenn der Sklave ein gemeinschaftlicher ist. Hat der zu beschenkende Miteigentümer die Zuwendung im voraus acceptiert, so fällt ihm allein der Erwerb zu, auch wenn ohne seine Anweisung dem gemeinschaftlichen Sklaven tradiert wird. Ist aber diesem für den einen Herrn ohne Vorwissen desselben geschenkt, so beschränkt sich auch hier der Erwerb jedenfalls auf seine Person, wenn er die Schenkung annimmt. Wird sie zurückgewiesen, so sind an sich verschiedene Auffassungen berechtigt. Am nächsten liegt es, den anderen Mit-

---

eis, mandati patrem vel dominum non acturos, quia non patri (vel domino) donatum voluit. Vgl. auch l. 5 § 8 de N. G. 3, 5.

109 Hier kann man sagen: quasi ministerio servi dominus usus est. l. 23 de m. c. don. 39, 5. Es handelt sich hier um eine Schenkung an den Herrn, die durch das mit dem Sklaven abgeschlossene Rechtsgeschäft bewirkt wird; es ist nicht dem Sklaven contemplatione domini geschenkt.

110 Ganz anders, wenn dem Herrn direkt geschenkt und die Sache nur durch den Sklaven überbracht oder aufgehoben werden sollte. Dann geht Eigentum erst mit der Annahme über und bis diese erfolgt, kann die Sache vom Schenker zurückgenommen werden.

111 Dafür ist sehr lehrreich l. 108 § 1 D. de leg. I. 30. Vgl. über diese Stelle Arndts in Glücks Komment. T. 46 S. 268. Es stünde doch auch noch sehr dahin, ob der Herr die seinem Sklaven geschenkte Sache jemals erhalten würde. — Daß die Schenkung seitens des einen Ehegatten auch an den Sklaven des anderen verboten und wirkungslos ist, hat mit unserer Frage wenig zu schaffen.

eigentümer von dem Erwerbe überhaupt auszuschließen, da der Geber ihm die Zuwendung nicht machen wollte. Dann würde weiter der zu beschenkende Herr entweder nach strengster Konsequenz den Erwerb nur zu seiner Eigentumsquote am Sklaven machen, da ja soweit der Sklave ihm auch wider seinen Willen erwirbt und da er hinsichtlich des andern Teiles bloß als Vertreter dieses Herrn handeln könnte, — oder der Erwerb würde doch ganz an ihn fallen, da der Sklave hier dem andern Miteigentümer nicht erwerben kann und er in dieser Beziehung so behandelt werden müßte, als ob er ersterem allein gehörte. Man könnte aber auch den Erwerb allen Herren nach Verhältnis ihrer Eigentumsquoten zusprechen. Denn der Schenkungsakt ist mit dem Sklaven vorgenommen; wenn contemplatione unius domini geschenkt wurde, so konnte die Absicht des Gebers, ihm durch die Rechtsübertragung oder Promission an den Sklaven allein eine Zuwendung zu machen, nur durch die Annahme seitens jenes Herrn verwirklicht werden; wird diese aber versagt, so muß die Wirkung des Rechtsgeschäftes nach den allgemeinen für den Erwerb eines communis servus geltenden Grundsätzen beurteilt werden.[112] Wie nun die römischen Juristen darüber dachten, wird sich kaum mit Sicherheit ermitteln lassen. Aber am besten begründet scheint die Auffassung, daß der gemeinschaftliche Sklave den Erwerb ganz demjenigen Herrn macht, dem die Schenkung zukommen sollte, daß also insbesondere das Eigentum sofort auf denjenigen Herrn übergeht, für welchen dem Sklaven die Sache schenkungshalber tradiert wird. Dabei ist namentlich folgendes zu beachten.

Soll der Erwerb aus der Schenkung an den gemeinschaftlichen Sklaven auf die Person des einen Herrn beschränkt werden, so reicht hierzu die bloße Absicht des Gebers noch nicht aus. Es erwerben alle Herren, ohne daß nach der besonderen Willensrichtung des Schenkers gefragt würde, selbst dann, wenn dieser irrtümlich glaubte, daß der Sklave einem allein gehöre. Die

[112] Es mag noch darauf hingewiesen werden, daß α. und β. wohl bei dem im Eigentum eines Herrn, aber nicht bei dem im Miteigentum stehenden Sklaven einander ausschließen. Z. B. der Geber will dem gemeinschaftlichen Sklaven, der sich um ihn verdient gemacht hat, eine Gunst erweisen, aber der Erwerb soll nur für den Herrn A, nicht für den Herrn B, mit dem er in Feindschaft lebt, stattfinden: kurz die geschenkte Sache soll in das Pekulium, das der Sklave bei A hat, kommen.

Absicht muß also erklärt werden, indem der Schenker dem Sklaven die Sache ausdrücklich für den einen Herrn übergiebt.[113] Nimmt nun der Sklave die Sache dieser Erklärung entsprechend in Empfang, so würde dies von einem nominatim domino adquirere nicht weitab liegen, wenigstens nach der Ansicht derjenigen Juristen, die einem abweichenden Willen des Sklaven überhaupt keine Bedeutung beimessen.

c) Daß der andere Herr oder der procurator für sich selbst den Erwerb aus der Schenkung machen könne, kommt natürlich Julian ebensowenig wie Ulpian in den Sinn.[114] Es ist nun ein durchaus wesentliches Moment des Thatbestandes, daß es sich um eine Schenkung handelt. Auf eine donationis causa vorgenommene Tradition ist die Entscheidung Julians zu beschränken.[115] Würde es sich um die Tradition z. B. der von dem dominus gekauften oder ihm aus einer Stipulation oder aus einem Vermächtnis geschuldeten Sache handeln, so hätte auch Julian entschieden, daß ersterer das Eigentum erwerbe. Einfach aus dem Grunde, weil der Schuldner durch die iussu creditoris an den Sklaven oder procurator gemachte Leistung befreit wird. Eine abweichende Willensmeinung des Empfängers könnte hier nicht in Betracht kommen.[116] Ebenso würde die Entscheidung

---

113 Dabei kann es immerhin noch vorkommen, daß erst aus den Umständen festgestellt werden muß, welchen Herrn der Schenker meinte. So wenn er dem Sklaven die Sache schlechthin für seinen Herrn übergab, indem er den A für den alleinigen Eigentümer hielt. Nur dann kommt die Meinung und Absicht des Schenkers nicht in Betracht, wenn er dem gemeinschaftlichen Sklaven die Schenkung macht, ohne zu erklären, daß sie contemplatione domini erfolge.

114 Dies gegen Zoll a. a. O. S. 42.

115 Aber nicht etwa wird von Julian, wie Schloßmann a. a. O. VIII. S. 445 meint, „nur für diesen speziellen Fall der Wille des Tradenten als maßgebend gegenüber einem etwa abweichenden Willen des Sklaven und des procurator hingestellt", indem in der Regel der Tradent kein Interesse daran habe, wem die von ihm veräußerte z. B. verkaufte Sache zufalle, falls er nur das Äquivalent für dieselbe erlangt. Schloßmann verwechselt den Fall, daß der Sklave oder procurator (als Ersatzmann) selbst den Kauf abgeschlossen hat, mit dem andern, wenn die vom dominus gekaufte Sache letzterem tradiert wird. Auch Exner, Tradition S. 136 Anm. 39 (vgl. S. 131. 128) bezieht irrtümlich die beiden Stellen auf den Fall einer „vollständigen Stellvertretung im Traditionsvertrag", während sie von „einer, auf den zur Perfektion der traditio erforderlichen Apprehensionsakt beschränkten" Vertretung zu verstehen sind; vgl. oben bei Anm. 103, aber auch Anm. 116.

116 Wird zufolge Ermächtigung oder Anweisung desjenigen, in dessen Person die causa traditionis begründet ist, dem gemeinschaftlichen Sklaven

lauten, wenn nicht solvendi sondern obligandi causa geleistet ist: deshalb, weil durch die Tradition an den Sklaven oder procurator die Verpflichtung für den Zubenten begründet wird.

d) Von einer ausdrücklichen Erklärung des Empfängers, für sich oder für den andern Herrn erwerben zu wollen, ist weder bei Julian noch bei Ulpian die Rede. Es wäre auch widersinnig, eine solche vorauszusetzen. Denn ging sie vorher, so würde die Tradition von dem Schenker nicht vollzogen sein; erfolgte sie aber später, so kann sie keine selbständige Wirkung haben, da es auf den Willen im Augenblicke der Vollziehung des Erwerbsaktes ankäme. Andererseits aber liegt es auf der Hand, daß auch Julian die Wirkung der Tradition nicht von dem bloßen innerlichen Wollen des Empfängers abhängig gemacht haben wird. Es muß

---

oder einem dritten tradiert, so kommt es auf die Willensrichtung des Tradenten selber überhaupt nicht an. Und soweit unterscheidet auch Julian nicht zwischen einer schenkungshalber oder aus einem anderen Rechtsgrunde vollzogenen Tradition. Der Tradent braucht das zwischen dem Zubenten und dem Empfänger bestehende Rechtsverhältnis nicht zu kennen, namentlich nicht zu wissen, ob nach der Absicht des Zubenten der gemeinschaftliche Sklave oder dritte die Sache für diesen (als Stellvertreter) in Empfang nehmen, oder für sich selbst erwerben sollte; und ebensowenig hat er sich darum zu kümmern, welche causa diesem Erwerbe zu Grunde liege, ob dem Empfänger selbst wieder eine Schenkung gemacht oder eine Verbindlichkeit erfüllt oder ob eine Obligation begründet werden sollte. Einzig von dem zwischen dem Zubenten und dem Empfänger bestehenden Verhältnis und der getroffenen Kausalberedung hängt es ab, ob ersterer oder ob letzterer für sich, bezw. der servus communis für seine Herren das Eigentum erwirbt. Die auf den Namen des Zubenten vollzogene Tradition übt eine Rückwirkung auf das Vermögen desselben, durch sie wird eine Vermögenszuwendung sowohl des Tradenten an diesen, als dieses an den Empfänger realisiert. (l. 49. 56. 64 de solut. 46, 3. l. 2 de calumn. 3, 6. l. 180 de R. J. 50, 17. l. 9 pr. de cond. ca. dot. 12, 4. l. 19 de J. D. 23, 3. l. 61 de evict. 21, 2. l. 67 § 4 ad SC. Treb. 36, 1.) Damit wird aber natürlich nicht der direkte Übergang des Eigentums des Tradenten auf den Empfänger ausgeschlossen, und wir sind keineswegs auf die Konstruktion des Celsus in l. 3 § 12 cit. (Anm. 80) verwiesen. Der direkte Eigentumsübergang geschieht hier vielmehr auf Rechnung des Zubenten und hat nur denselben vermögensrechtlichen Erfolg, wie wenn dieser sein Eigentum übertragen hätte. Im übrigen erheben sich hier manche Fragen, die in den Quellen keine ausreichende Beantwortung finden. So insbesondere: wie, wenn die causa der Vermögenszuwendung des Zubenten an den Empfänger, oder des Tradenten an den ersteren eine ungerechtfertigte (z. B. verbotene Schenkung, vgl. Anm. 80) ist; wenn der Zubent Haussohn oder Sklave ist, oder keine Veräußerungsfähigkeit besitzt, wobei besonders der Fall in Betracht kommt, daß beiderlei Zuwendungen eine Schenkung enthalten; wenn der Empfänger oder Zubent die Sache selbst nicht erwerben kann (eius commercium non habet) u. dgl. m.? Auf diese Fragen näher einzugehen, ist hier nicht der Ort.

vielmehr vorausgesetzt werden, daß diese besondere Erwerbsabsicht irgendwie in die äußere Erscheinung tritt. Wie sie sich beim gemeinschaftlichen Sklaven kundgeben kann, haben wir oben S. 54 gesehen. Beim procurator würde der Wille, für sich zu erwerben, sich insbesondere darin ausdrücken, daß er die Sache für sich behält, über sie wie eine eigene verfügt und die Herausgabe an den dominus, für den sie bestimmt war, verweigert.

e) Auch daß der dominus eine Anweisung an den Sklaven, für ihn die Sache in Empfang zu nehmen, erteilt hätte, ist in dem Thatbestande des Falles nicht enthalten. Annehmbar wäre diese Voraussetzung überhaupt nur beim procurator; denn bei der Supposition eines an den gemeinschaftlichen Sklaven gerichteten iussus würde hinsichtlich des Erwerbes kein Zweifel obwalten. Dagegen ist die Frage berechtigt, ob der Tradent bei der Übergabe eine Erklärung abgegeben hat. Dies wird aller Wahrscheinlichkeit nach von beiden Juristen vorausgesetzt. Denn daß dem procurator oder Sklaven die Sache schweigend in die Hand gegeben werden sollte, ist doch kaum denkbar; man müßte denn annehmen, daß sie ihnen durch einen Boten, der die ihm aufgetragene Bestellung vergessen hätte, überbracht oder während ihrer Abwesenheit in ihrer Behausung niedergelegt worden wäre. Mithin der Tradent hat entweder sich auf den iussus berufen, also mitgeteilt, daß er die Sache auf Anweisung jenes — zu beschenkenden — dominus übergebe, oder dem Empfänger erklärt, daß die Sache für jenen bestimmt sei. Letzterenfalls würde der procurator, der die Sache für sich behält, und ebenso der gemeinschaftliche Sklave, wenn er sie dem anderen Herrn überträgt, ein furtum begehen.[117] Glaubte der Tradent, daß der Sklave allein dem zu Beschenkenden gehöre, und übergab ihm die Sache für seinen Herrn, so wäre es allerdings möglich, daß der Sklave sie irrtümlich für den andern Miteigentümer oder für alle seine Herren in Empfang nahm. Ebenso konnte, wenn bei der Tradition nur des iussus Erwähnung gethan war, beim Empfänger unter Umständen der Irrtum hervorgerufen werden, daß die Sache für ihn selbst bestimmt wäre, indem sie ihm etwa namens des Jubenten geschenkt sein sollte. Es will jedoch scheinen, daß Julian gerade den Fall im Sinne gehabt hat, wenn der Empfänger in bewußtem Widerspruch mit

---

[117] Nach Julian gegen den Tradenten, nach Ulpian gegen den dominus.

dem Willen des Tradenten und desjenigen, für den die Sache bestimmt war, sie für sich bezw. für den andern Herrn erwerben wollte.

Fragt man nach dem Grunde der Entscheidung Julians, so wird für sie nach den früheren Ausführungen nicht der Umstand maßgebend gewesen sein, daß hier der zu Beschenkende — womit auch Ulpian übereinstimmt — nicht oder nicht allein den Besitz erwirbt und daß es somit etwa „an einem wesentlichen Moment der Eigentumstradition fehle." Vielmehr mag es ihm inelegant erschienen sein, einen lukrativen Erwerb durch einen andern zuzulassen, wenn dieser gar nicht für den zu Beschenkenden, sondern für sich oder einen dritten erwerben will und somit auch nicht als Vertreter des ersteren sich geriert. Die erhebliche praktische Differenz der Auffassung Ulpians von der Julians liegt auf der Hand; denn nach letzterer würde nun die Schenkung überhaupt nicht bezw. nur zu dem Eigentumsanteile des zu beschenkenden Herrn an dem gemeinschaftlichen Sklaven perfekt werden.

VII. Auf den Ursprung des Erwerbes wird nicht gesehen, so daß, selbst wenn der Erwerb aus dem Vermögen des einen Herrn herstammt, er doch allen nach Verhältnis ihrer Eigentumsanteile zufällt. Aus l. 28 § 1 de stip. serv. 45, 3.

Gaius l. 3 de verb. obl. Si servus communis ex re unius stipulatus erit, magis placuit utrique adquiri

ergiebt sich, daß dies früher streitig war und daß es vielleicht noch zu Gajus Zeiten an einzelnen Dissentienten nicht fehlte. Wir werden kaum fehlgreifen mit der Vermutung, daß erst Julian[118] jenen Grundsatz zur Herrschaft gebracht hat.[119] Wenigstens wird

[118] Auf den sich Gajus überhaupt in l. 28 cit. bezieht.

[119] l. 37 § 2 de A. R. D. 41, 1. Julian. l. 44 Dig. Constituamus socium ita servo communi donasse, ut proprietatem suam manere vellet. Si ex hac pecunia servus fundum comparaverit, erit is fundus communis sociorum pro portione dominii: nam et si furtivis nummis servus communis fundum comparaverit, sociorum erit pro portione dominii. Neque enim ut fructuarius servus ex re fructuarii non adquirit proprietario, ita et communis servus ex re alterius domini non adquirit alteri domino. Sed quemadmodum in his, quae aliunde adquiruntur, diversa condicio est fructuarii et communis servi (veluti cum alter fructuario non adquirat alter dominis adquirat): ita quod ex re quidem fructuarii adquisitum fuerit, ad eum solum pertinebit, quod ex re alterius domini servus communis adquisierit, ad utrumque dominum pertinebit.

er von ihm zuerst in aller Entschiedenheit formuliert und gegen mögliche Einwürfe verteidigt.

In der That war jener Satz durchaus folgerichtig, wenn man davon ausging, daß überhaupt jeder Sklave seinem Herrn erwirbt ohne Rücksicht darauf, aus wessen Vermögen oder auf wessen Kosten der Erwerb gemacht ist. So wird doch wenn fremdes Geld vom Sklaven als Darlehn gegeben oder als Kaufpreis gezahlt ist — die Konsumtion vorausgesetzt —, der Herr Darlehnsgläubiger bezw. Eigentümer der Kaufsache. Warum sollte nun beim gemeinschaftlichen Sklaven etwas anderes gelten hinsichtlich des Erwerbes für die übrigen Herren, wenn bloß dem einen das Geld gehört? In aller Schärfe zieht Julian die Konsequenz, daß auch dann, wenn der gemeinschaftliche Sklave mit dem dem einen der Herren gestohlenen Gelde die Sache kaufe, der Erwerb für alle Herren pro parte dominica stattfinde. Nur der Umstand konnte gegen den Erwerb des Miteigentümers ex re alterius domini bedenklich machen, daß nach alter Rechtsregel, wenn der Sklave im Nießbrauch stand, der Proprietar durch ihn nicht aus dem Vermögen des Nießbrauchers erwarb. Warum sollte nun für den Miteigentümer hinsichtlich des ex re alterius domini vom Sklaven gemachten Erwerbes ein anderer Grundsatz gelten, während doch durch den Nießbrauch an dem Sklaven Eigentum und potestas nicht in höherem Maße beschränkt wird als durch das Miteigentum eines anderen? Warum sollte der Nießbraucher hinsichtlich des Erwerbes besser gestellt sein als der Miteigentümer? Die Schiefheit dieser Argumentation wird von Julian schlagend durch den Hinweis dargethan, daß auch der aliunde d. h. aus dem Vermögen eines dritten gemachte Erwerb bekanntlich nicht dem Nießbraucher zufalle, während er an den Herrn bezw. an die mehreren Herren des Sklaven gelange. Würde man den einen Miteigentümer nicht an dem aus dem Vermögen des anderen Miteigentümers herstammenden Erwerbe teilnehmen lassen, so müßte man folgerichtig ihn überhaupt nur aus seinem eigenen Vermögen erwerben lassen.

Indessen es war nicht die logische Konsequenz des Dogmas, nicht die elegantia iuris, welche zu dem Satze führte, daß wie aus dem Vermögen eines dritten, so auch ex re unius ex dominis regelmäßig allen Herren erworben werde, sondern es waren praktische Rücksichten, welche die Anerkennung dieses Grundsatzes

forderte. Hätte man die Entscheidung der Frage, wer von den Herren erwerbe, immer von der Vorfrage, aus wessen Vermögen der Erwerb herstamme, abhängen lassen, so würde dies in vielen Fällen zu einer Ungewißheit oder auch objektiven Unentschiedenheit hinsichtlich der Person des Berechtigten geführt haben, aus der wieder — insbesondere wo es sich um Eigentum handelt — im Verhältnis zu dritten Personen eine bedenkliche Rechtsunsicherheit hätte hervorgehen können. Da ferner der Schuldner aus dem mit dem Sklaven abgeschlossenen Vertrage nicht wissen konnte, aus wessen Vermögen die Forderung begründet war, so würde er sich in der üblen Lage befunden haben, durch Leistung an jeden der Herren pro parte dominica von seiner Verbindlichkeit nicht befreit zu werden. Praktischer war es jedenfalls, die allgemeine Regel für den Erwerb gemeinschaftlicher Sklaven auch hier festzuhalten und es den Miteigentümern zu überlassen, die Ausgleichung unter sich herbeizuführen.

Welcher Art der Erwerb ist, darauf kommt es nicht an. In den Quellen wird Kauf mit dem Gelde des einen Herrn und stipulatio ex re unius domini hervorgehoben. Es macht auch keinen Unterschied, ob unmittelbar aus dem Vermögen des einen Herrn oder aus dem Pekulium, welches dieser dem Sklaven eingeräumt hatte,[120] der Erwerb gemacht wird.

> l. 27 de stip. serv. Servus communis sive emat sive stipuletur, quamvis pecunia ex peculio detur, quod alterum ex dominis sequitur, utrique tamen adquirit. (Paul. l. 2 manual.)

Die Konsequenz erfordert, daß auch aus dem Verkaufe und der Vermietung solcher Pekuliarsachen beiden Herren die Forderung erworben wird. Dadurch erfährt allerdings der Sklave eine Verschlechterung seiner ökonomischen Stellung, indem das zu seinem Genusse als quasi patrimonium bestimmte Pekulium vermindert wird. Er konnte dem aber leicht vorbeugen, indem er für das Pekulium bezw. für den betreffenden Herrn das Rechtsgeschäft einging. Die stipulatio ex re alterius domini kann auf verschiedene Rechtsgeschäfte bezogen werden. Denn eine solche liegt vor, wenn die vom Sklaven gemachte Leistung, welche die causa stipulationis bildet, aus dem Vermögen des einen Herrn

120 Auch l. 37 § 2 cit. bezieht sich hierauf, vgl. oben S. 26.

herrührt. So z. B. wenn der Sklave eine Pekuliarsache verkauft oder vermietet und den Kaufpreis oder Mietzins stipuliert hat. So aber auch, wenn bei einem der Stipulation zu Grunde liegenden Darlehn das Geld aus dem zum Vermögen des einen Herrn gehörigen Pekulium gegeben wird. Das kann keinem Zweifel unterliegen, wenn nach Eingehung der Stipulation die promittierte Summe vom Sklaven gezahlt wird, da schon durch die Stipulation die Obligation begründet ist und die Auszahlung nur als Erfüllung der causa in Betracht kommt.[121] Dabei wird natürlich vorausgesetzt, daß dem Sklaven freie Verwaltung des Pekulium eingeräumt, oder daß das Geld durch redliche Konsumtion oder Vermischung mit dem eigenen in das Vermögen des Empfängers gekommen ist; denn andernfalls würde der Promittent die Klage des anderen Herrn mit exc. doli zurückweisen können. Und nicht anders würde es sich verhalten, wenn sich die Stipulation unmittelbar an die Auszahlung des Darlehns anschließt. Hier entsteht eine verborum obligatio, deren causa die Zahlung bildet;[122] wir haben es also mit einer stipulatio ex re alterius domini zu thun, aus welcher beide Herren — unter Voraussetzung der libera peculii administratio sofort, sonst nach erfolgter Konsumtion — gegen den Promittenten anteilsweise eine Forderung erwerben.

Es fragt sich nun, wie sich dazu die Entscheidung in l. 1 § 2 eod.[123] verhalte:

> Julian. l. 52 Dig. Si servus communis meus et tuus ex peculio, quod ad te solum pertinebat, mutuam pecuniam dederit, obligationem tibi adquiret et, si eandem mihi nominatim stipulatus fuerit, debitorem a te non liberabit, sed uterque nostrum habebit actionem, ego ex stipulatu, tu quod pecunia tua numerata est: debitor tamen me doli mali exceptione summovere poterit.

Vorausgesetzt ist, daß der Sklave libera peculii administratio besitzt; denn sonst würde nicht schon durch den Empfang der Summe eine Darlehnsverbindlichkeit gegen den Herrn, zu

[121] l. 6 § 1 de novat. 46, 2. l. 6 ad SC. Maced. 14, 6. — expleta est numeratione substantia obligationis.

[122] l. 6 § 1. l. 7 de novat. l. 126 § 2 de V. O. 45, 1.

[123] Vgl. meine Schrift über die Novation S. 186 fg.

dessen Vermögen das Pekulium gehört, entstehen können. Einzig für diesen Herrn soll eine Darlehnsforderung[124] begründet werden. Durch die auf den Namen des anderen Herrn gestellte Stipulation werde zwar der Promissor diesem ipso iure verpflichtet, aber nicht von dem ersteren befreit, der seine einmal bestehende Forderung unmöglich infolge der Stipulation des Sklaven verlieren kann. So sei denn dem Schuldner gegen die Klage aus der Stipulation eine exceptio doli zuständig. Diese Entscheidung scheint eine ausreichende Erklärung bisher nicht gefunden zu haben. Daran, daß das Darlehn auf den Namen des Herrn, dem das Pekuliargeld gehörte, gegeben sei,[125] ist natürlich nicht zu denken. Denn wie sollte sich wohl der Empfänger dazu verstehen, für den anderen Herrn zu promittieren, während er wissen mußte, daß er bereits dem ersteren verpflichtet ist? Unbegründet ist auch die früher von mir selbst aufgestellte[126] Vermutung, daß Julian von einem auf Geheiß des ersteren Herrn gegebenen Darlehn gesprochen habe und daß von den Kompilatoren die Worte „iussu tuo“ vor „ex peculio“ gestrichen seien. Sollte nun aber wirklich der Jurist eine Ansicht vertreten haben, die mit dem sonst anerkannten Rechtsgrundsatze des Erwerbes für alle Herren nicht im Einklange steht? Das wäre von vornherein nicht annehmbar. Die Erklärung liegt vielmehr schon in der Begründung der Entscheidung: dem Herrn, dem das Pekulium gehört, ist deshalb die Klage zuständig, weil sein Geld zum Zwecke der Begründung einer Darlehnsobligation gezahlt ist. Der Gedankengang des Juristen ist nämlich folgender:

Da die Münzen, welche der Sklave als Darlehn giebt, dem Herrn gehören, so kann nur dann Eigentum auf den Empfänger übergehen und eine Darlehnsforderung begründet werden, wenn sie mit dem Willen des Herrn gegeben werden. Die ausdrückliche Einwilligung wird hinsichtlich des Pekuliargeldes durch die dem Sklaven eingeräumte administratio ersetzt.[127] Hat nun der ge-

---

124 Ganz verfehlt ist die von Huschke, Lehre vom Darlehn, S. 136 vertretene Auffassung, daß die Klage eine condictio sine causa sei. Ihr widerspricht schon der klare Text der Stelle.

125 Wie die Glosse annimmt.

126 a. a. O. S. 190 fg. Diese Hypothese beruht auf einer unrichtigen — freilich der allgemeinen — Interpretation der l. 3 C. p. qu. pers. 7, 27.

127 Vgl. Paul. l. 2 § 4 de R. C. 12, 1. In mutui datione oportet dominum esse dantem, nec obest, quod filiusfamilias et servus dantes

meinschaftliche Sklave in eigenem Namen oder schlechthin Pekuliargeld dargeliehen, so kann eine Darlehnsforderung auch nur für dies Pekulium, also für den Herrn entstehen, dem das Geld gehört. Freilich könnte der Sklave auch auf den Namen des anderen Herrn das Darlehn geben. Dann würde aber für diesen erst mit der Konsumtion des Geldes durch den Empfänger eine Darlehnsforderung begründet werden, da bis dahin der erstere Herr sein Geld vindicieren könnte. Man könnte nun vielleicht, wenn das Geld schlechthin dargeliehen wird, auf den Gedanken verfallen, daß der Empfänger dem Herrn, bei welchem der gemeinschaftliche Sklave das Pekulium hat, sofort und zwar pro parte dominica, dem anderen Herrn nach erfolgter Konsumtion verpflichtet werde. Indessen — abgesehen von allem anderem[128] — auf die spätere Konsumtion des Geldes kann es deswegen nicht ankommen, weil bereits durch die numeratio Eigentum auf den Empfänger übertragen ist. Durch sie wird sofort für den Herrn, aus dessen Vermögen gezahlt ist, und für ihn allein eine Darlehnsforderung begründet, da sie für den andern Herrn nicht entstanden ist. Es greift hier mithin die später zu erörternde Regel ein: quod servus communis alteri dominorum adquirere non potest, alteri totum adquirit. Also einzig in seiner Eigenschaft als Sklave des A, nicht zugleich als Sklave des B, hat der gemeinschaftliche Sklave das zu seinem Pekulium, welches er bei A hat, gehörige Geld dargeliehen. Wenn es sich nun fragt, in welchem Verhältnis die stipulatio zu der numeratio stehe, so liegt es auf der Hand, daß der Jurist an eine später erfolgte, d. h. nach Begründung der Darlehnsobligation, vorgenommene Stipulation denkt. Hätte sich die Stipulation unmittelbar an die Hinzahlung des Geldes angereiht, so würde — ebenso wie wenn sie ihr vorangegangen wäre — durch letztere überhaupt keine selbständige Obligation begründet worden sein. Durch die in continenti auf den Namen des einen Herrn gestellte Stipulation wäre auch nach Julian einzig für diesen eine — freilich erst mit

---

peculiares nummos obligant: id enim tale est, quale si voluntate mea tu des pecuniam.

[128] Man käme da zu dem verwunderlichen Resultat, daß der Herr einen Teil seiner Geldstücke vindicieren könnte, während sie der Sklave infolge seiner Administrationsbefugnis veräußern kann! Wenn ausdrücklich auf den Namen beider Herren das Darlehn gegeben war, so würden der Vindikation pro parte alterius domini weniger Bedenken entgegenstehen.

Konsumtion des Geldes vollwirksame — Klage begründet worden, während dem anderen Herrn die Vindikation der Geldstücke, bezw. nach der Konsumtion des Geldes eine condictio sine causa gegen den ersteren zugestanden hätte.[129]

Wenn nun auch der aus dem Vermögen des einen Herrn durch den gemeinschaftlichen Sklaven gemachte Erwerb allen Herren pro parte dominica zufällt, so verbleibt er doch den übrigen nicht. Vielmehr kann der erstere mit der actio communi dividundo oder pro socio Herausgabe der ihnen erworbenen Anteile bezw. Ersatzleistung beanspruchen.

> l. 24 comm. div. 10, 3. Julian. l. 8 Dig. Communis servus si ex re alterius dominorum adquisierit, nihilo minus commune id erit: sed is, cuius ex re adquisitum fuerit, communi dividundo iudicio eam

[129] Soweit wird also auch von Julian die Wirksamkeit der stipulatio des gemeinschaftlichen Sklaven ex re alterius domini anerkannt. Indessen da die Klage aus der Stipulation immer Konsumtion des fremden Geldes voraussetzt, so läge hierin auch nichts besonderes. Übrigens muß man wohl beachten, daß der Herr, dem das Geld gehört, auf die Vindikation gegen den Empfänger beschränkt ist und nicht etwa, da der Stipulation vor dem Verbrauche des Geldes keine Wirksamkeit zukommt, selbst aus dem Darlehn klagen kann. Das Argument aus l. 126 § 2 de V. O. 45, 1. „plane si praecedat numeratio, sequatur stipulatio, non est dicendum recessum a naturali obligatione“ (vgl. l. 9 § 4—7 de R. C. 12, 1. l. 3 C. de contr. stip. 8, 37) würde nicht zutreffen, da dort die Stipulation selbst formell nichtig ist. — Der Erwerb durch stipulatio ex re alterius domini tritt erst dann in Erscheinung, wenn bei Zahlung des Geldes als Darlehn aus dem Vermögen des einen Herrn der Sklave nicht für den andern Herrn, sondern für sich selbst oder impersonaliter stipuliert; denn hier wird sofort beiden Herren die Forderung aus der Stipulation erworben, ohne daß Konsumtion der ganzen Geldsumme dabei vorausgesetzt wurde. Daß darüber anfangs eine Meinungsverschiedenheit bestand, ist begreiflich genug. Materiell besteht doch immer eine Darlehnsforderung und man stieß sich daran, daß der Herr, dem das Geld nicht gehörte, eine wirksame Klage aus der Stipulation erwerben sollte. Wird doch auch, wenn das Geld ohne Stipulation als Darlehn gegeben wird, für den andern Miteigentümer des Sklaven keine Darlehnsforderung entstehen. Dieselbe Auffassung mochte man auch bei der Stipulation festhalten, so daß einzig der Herr, aus dessen Vermögen das Geld gegeben war, die Forderung erwarb. Wie nun aber, wenn die Stipulation auf den Namen beider Herren lautete („Titio et Maevio“ oder „dominis meis“)? Möglich wäre hier auch die Auffassung gewesen, daß Eigentum an dem Gelde nur soweit übertragen wird, als für den Herrn, dem es gehört, eine Forderung gegen den Promissor entsteht, so daß ihm hinsichtlich des andern Teiles die Vindikation zustünde, während die Klage des andern Herrn mit exc. doli zurückgewiesen werden könnte. Doch ist wohl auch hier die Ansicht durchgedrungen, daß beiden Herren erworben wird. Vgl. § 4 bei Anm. 21.

summam praecipere potest, quia fidei bonae convenit, ut unusquisque praecipuum habeat, quod ex re eius servus adquisierit.[130]
l. 28 § 1 de stip. serv. 45, 3. Gaius l. 3 de V. O. sed eum, cuius ex re facta est stipulatio, cum socio communi dividundo aut societatis iudicio de parte reciperanda recte acturum; idemque esse dicendum et si ex operis suis alteri ex dominis servus adquirit.

Es ist immerhin ein eigentümlicher Anwendungsfall der act. com. div., der uns hier vorliegt. Denn es handelt sich hier nicht um Mitteilung des aus der Gemeinschaft allein bezogenen Gewinnes (quod ad socium pervenit ex re communi) sondern um die Herausgabe des infolge der Gemeinschaft aus dem eigenen Vermögen des Miteigentümers gemachten Erwerbes. Genauer betrachtet, haben wir es hier mit dem Anspruche auf Herausgabe einer auf Kosten des anderen Miteigentümers bewirkten ungerechtfertigten Bereicherung zu thun. Es sind alle Voraussetzungen einer condictio sine causa vorhanden und es kann darüber kaum ein Zweifel bestehen, daß auch nach Julian dem Miteigentümer die condictio zuständig war,[131] ja daß er vielleicht mit dieser allein seinen Anspruch verfolgen konnte, wenn die Gemeinschaft hinsichtlich des Sklaven fortbestehen sollte. Denn das scheint unfraglich zu sein, daß der Jurist in l. 24 nur einzig an die behufs Aufhebung der Gemeinschaft (Teilung und Auseinandersetzung) angestellte, nicht aber an eine durante communione auf einen einzelnen persönlichen Anspruch gerichtete act. comm. div. gedacht hat.[132] Zutreffend ist nur bei ersterer die Art und Weise der Begründung: im iudicium comm. div., womit die Aufhebung der Gemeinschaft realisiert wird, kann der Herr, aus dessen Vermögen der Erwerb gemacht worden ist, eam

---

[130] Wörtlich widerholt von Gai. l. 45 de A. R. D. 41, 4, aus welcher Stelle sich zugleich ergiebt, daß in l. 24 mit Haloander statt percipere in der That praecipere gelesen werden muß. Der gedankenlose Schlußsatz der l. 45 ist nicht dem Julian entnommen, vielleicht sogar nur Interpolation.

[131] Vgl. auch Jul. l. 19 § 1 de don. int. vir. 24, 1. Pomp. l. 39 de stip. serv. 45, 3.

[132] Auf die streitige Frage, ob schon nach klassischem Recht überhaupt ein einzelner persönlicher Anspruch während Dauer der Gemeinschaft mit act. comm. div. geltend gemacht werden konnte, ist hier nicht einzugehen; vergl. Geib, rechtl. Natur der act. c. d. § 2.

summam" vorweg beanspruchen, weil es der bona fides, auf welche die Klage gestellt ist, entspricht, daß jeder Herr im voraus habe, was aus seinem Vermögen der gemeinschaftliche Sklave erworben hat. Also bei Gelegenheit der Auseinandersetzung der Miteigentümer muß officio iudicis gemäß dem „ex fide bona" der Formel ea summa dem betreffenden Miteigentümer zuerkannt werden. Diese ganze Argumentation würde schlecht passen, wenn es sich um die selbständige Einklagung jenes einzelnen Anspruches handelte.

Wir sehen, daß es die bona fides ist, welche die Berücksichtigung jenes aus dem Vermögen des einen Miteigentümers gemachten Erwerbes im iudicium comm. div. bei den praestationes personales fordert. Die Verknüpfung dieses Anspruches mit der Formel der Klage mag dahingestellt bleiben; wenn auch nicht ex re communi, so war doch „eo nomine" d. h. durch die am Sklaven bestehende communio der Erwerb dem anderen Herrn zugeflossen.[133] Dagegen ist hier noch der Anspruch seinem Gegenstande nach näher zu bestimmen. Geht er auf Herausgabe des Anteiles am Erwerbe, und ist vielleicht an die Adjudikation desselben, da wo der Erwerb einer Sache zur Sprache kommt, zu denken? Oder handelt es sich hier um einen persönlichen Ersatzanspruch? Die Frage wird sich mit Sicherheit kaum beantworten lassen. Wenn man auf die Worte „eam summam praecipere potest" ein besonderes Gewicht legen darf, so wird man dahin geführt, daß der Herr, welcher ex re alterius durch den gemeinschaftlichen Sklaven erworben hat, diesem den Betrag zu erstatten habe, der aus dessen Vermögen in sein eigenes gelangt ist. Also hatte der im Miteigentum des A und B stehende Sklave mit 100 aus seinem Pekulium, das er bei A hat, eine Sache im Werte von 200 gekauft, so würde A nur auf 50 Anspruch haben. Und ganz folgerecht müßte im umgekehrten Falle B nicht 50 sondern 100 leisten, was namentlich dann sich als ganz angemessen herausstellen würde, wenn der Sklave, während er auch bei B ein Pekulium hat, den Kaufpreis allein aus dem anderen Pekulium zahlte. Bedenklich macht aber wieder der Satz: unusquisque praecipuum habeat, quod ex re eius servus adquisierit;

---

[133] Dafür, daß hier schon Sabinus die act. comm. div. giebt, gewährt einen indirekten Beleg l. 32 de stip. serv.

denn danach könnte es scheinen, als ob der Anspruch des Miteigentümers gerade auf das aus seinem Vermögen Erworbene selbst ginge, so daß er stets aber auch nur den dem anderen zugekommenen Anteil bezw. dessen Wert verlangen könnte. Und dafür würde auch l. 28 § 1 cit. sprechen Bei alledem darf aber auch nicht unbeachtet gelassen werden, daß der Richter im iudicium comm. divid. nach freiem und billigem Ermessen zu verfahren hatte und daß somit auch für unsere Frage die besonderen Umstände des einzelnen Falles in Betracht kommen. — —

Wir haben den Grundsatz, daß der servus communis allen seinen Herren pro portionibus dominicis erwirbt, in seinen einzelnen Anwendungen kennen gelernt. Dieser Grundsatz erleidet nun in dreifacher Beziehung eine Einschränkung: a) wenn der Sklave nominatim für einen der Herren erwirbt; b) wenn iussu unius domini erworben wird; c) wenn der eine Herr den Erwerb nicht machen kann.

§ 2. Die nominatio domini.

Die unsere Regel beschränkende Ausnahme, daß, wenn der gemeinschaftliche Sklave ausdrücklich auf den Namen des einen Herrn die Erwerbshandlung vornimmt, dieser auch allein daraus berechtigt wird, ist wohl ebenso früh anerkannt wie die Regel selbst. Eine andere Auffassung war auch kaum möglich. Denn da ein Erwerb für den anderen Herrn neben dem genannten hier nicht stattfinden konnte, ebensowenig wie der dominus überhaupt erwirbt, wenn der Sklave den Erwerbsakt auf den Namen eines dritten stellt — hat doch auf jenen die andere Partei kein Recht übertragen oder ihm sich verpflichtet —, so wäre nichts übrig geblieben, als dem Rechtsgeschäft des Sklaven die Wirksamkeit völlig oder zu der Eigentumsquote des anderen Herrn abzusprechen. Damit hätte man aber gegen das allgemeine Prinzip verstoßen, daß dem Sklaven Erwerbsfähigkeit aus der Person des Herrn und für denselben zukommt, auch wenn er ihm zu einem minimalen Teile gehört, da ja die potestas selbst unteilbar ist.[1]

[1] Wenn daher auch der gemeinschaftliche Sklave im Verhältnis zu dem einen Miteigentümer partim proprius partim alienus ist, so kann man doch nicht in Anwendung der Regel „per personam extraneam adquiri nobis non potest“ zu dem Satze gelangen, daß er pro parte alterius domini die

Die nominatio domini tritt am schärfsten bei den formellen Erwerbsakten, wie stipulatio und mancipatio, hervor, da hier schon in der die Verpflichtung oder den Erwerb des dinglichen Rechtes begründenden Formel erklärt wird, daß dieser Herr Gläubiger wird oder das betreffende dingliche Recht erwirbt.

> Gaius III, § 167 — uni nominatim stipulando aut mancipio accipiendo illi soli adquirit, velut cum ita stipuletur: *Titio domino meo dari spondes?* aut cum ita mancipio accipiat: *Hanc rem ex iure Quiritium L. Titii domini mei esse aio eaque ei empta esto hoc aere aeneaque libra.*

So ist denn in den Quellen des klassischen Rechts beinahe einzig von nominatim stipulari und mancipio accipere (wofür erst die Kompilatoren per traditionem accipere gesetzt haben) die Rede.[2] Und es kann auch keinem Zweifel unterliegen, daß

Rechtshandlung auf den Namen eines der Herren inutiliter vorgenommen hätte. — Die Meinung, daß der Sklave auch dem, welcher das nudum ius Quiritium hat, obwohl er nicht in der potestas desselben steht, aus der auf seinen Namen gestellten Stipulation oder Manzipation erwerbe (Gai. III. 166), findet ihre Erklärung einesteils darin, daß ein Erwerb für den bonitarischen Eigentümer hier nicht stattfinden kann, andernteils in dem Umstande, daß man mit Recht Bedenken trug, diesen Sklaven hinsichtlich des Erwerbes wie einen servus sine domino zu behandeln.

[2] Außer den weiter unten herangezogenen Stellen insbesondere Jul. l. 37 § 3 de A. R. D. Sicut servus communis stipulando nominatim alteri ex dominis, ita per traditionem [mancipio] accipiendo soli ei adquirit. Ulp. l. 5 de stip. serv. Licet autem ei et nominatim alicui ex dominis stipulari vel traditam [mancipio] rem accipere, ut ei soli adquirat. Jhering, Geist d. röm. R. II, 2 § 46. Anm. 693 meint, unter Zustimmung von Mandry a. a. O. I S. 60, daß bei der mancipatio an einen Sklaven die von diesem zu sprechende Formel immer auf den Herrn — wenigstens mit abstrakter Bezeichnung desselben (rem domini esse) — gestellt sein mußte, da die auf den Sprechenden selbst gestellte Formel hier eine Unwahrheit enthalten hätte. Indessen das von Gaius II, § 96 bei der in iure cessio gebrauchte Argument „cum istarum personarum nihil suum esse possit“ beweist zuviel. Danach wäre auch die Stipulation des Sklaven „rem mihi dare spondes“ eine inutilis gewesen, da ein dare an den Sklaven ebenso juristisch unmöglich sein würde. Widerlegt wird jene Auffassung dadurch, daß schon Ofilius bei der mancipatio an den gemeinschaftlichen Sklaven den iussus der nominatio in der Wirkung gleichstellte (s. unten § 3), die Bedeutung des iussus aber doch nur bei einer Formel, die nicht auf die Herren (rem domini ebensowenig wie dominorum esse), sondern auf den Sklaven selbst (rem meam esse) gestellt war, in Frage kommen konnte. Ferner beweist gegen sie l. 25 § 1 de usufr. 7, 1, vorausgesetzt, daß hier — was man doch wohl annehmen muß — „per traditionem“ für „mancipio“ interpoliert ist.

die Beschränkung des Erwerbes auf die Person des einen Herrn ursprünglich und lange Zeit hindurch nur in dem Falle anerkannt war, wenn sie in der Formel des Erwerbsgeschäftes selbst ihren Ausdruck fand, daß mithin von einem uni nominatim adquirere nicht gesprochen wurde, wenn der Sklave bei einem formlosen Vertrage erklärte, daß er diesen nur für den einen Herrn abschließe, oder bei der Empfangnahme der ihm tradierten Sache, daß sie für jenen bestimmt sei.[3] Eine Ausnahme machte wohl aber von jeher das auf den Namen des einen Herrn gegebene Darlehn. Weiter konnte man auch, wenn namens eines der Herren vom Sklaven eine Sache deponiert oder kommodiert wurde, keinen Anstand nehmen, diesem allein die act. depositi und commodati zu gewähren. Hier sowohl wie dort knüpft sich ja auch an den Empfang das, wenngleich formlose, Versprechen der Rückgabe an den bezeichneten Herrn. Endlich wurde ein nominatim contrahere für den einen Herrn, so daß dieser allein die Forderung erwarb, auch bei Kauf und Miete anerkannt.[4] Und dies war bereits zu Gajus Zeit längst feststehendes Recht.

> l. 28 § 3 h. t. (= de stip. serv.) Gai. l. 3 de V. O. Sicuti uni nominatim stipulando ei soli adquirit, ita placet et si rem emat nomine unius ex dominis, ei soli servum adquirere; item si credat pecuniam vel quodlibet aliud negotium gerat, posse eum nominatim exprimere, ut uni ex dominis restituatur aut solvatur.

Der servus communis handelt, indem er das Erwerbsgeschäft für den einen Herrn vornimmt, als Stellvertreter desselben (s. oben S. 53). Aber freilich nur insofern, als es vom

---

[3] Vgl. Schloßmann a. a. O. VIII S. 442.

[4] Man darf dabei auch den Umstand nicht übersehen, daß dergleichen Verträge, wenn es sich um wichtigere Gegenstände handelte, gewöhnlich schriftlich beurkundet wurden, und daß uns bei Kaufgeschäften nicht selten eine formulierte Erklärung des Käufers oder auch Verkäufers begegnet. Das Kontrahieren namens des einen der Herren, daß also für A und nicht auch für B gekauft verkauft, gemietet vermietet sei, konnte hier zu einen ganz präzisen Ausdruck gelangen. Jedenfalls bedurfte es immer einer ausdrücklichen Erklärung; wenn Mandry a. a. O. I S. 140 meint, daß auch stillschweigend das Erwerbsgeschäft auf den Namen eines der domini hätte vorgenommen und so nur diesem erworben werden können, so widerspricht dem entschieden Gajus in l. 28 § 3 cit., ganz abgesehen davon, daß dieser Annahme die erheblichsten praktischen Bedenken entgegenstünden.

...n einen oder andern seiner
... Wirkung des Erwerbsaktes
...erwerbe unmittelbar in der
...ein, ohne daß nach seinem
...Der gemeinschaftliche Sklave
...ntum des genannten Herrn

...um servus stipuletur, nihil in-
...utra adiectione dari stipuletur.
... hier wie dort der Herr die For-
...hi sive sibi sive conservo suo
...uletur, mihi adquiret; vgl. Ulp.
... „nihil interest"? Doch kaum.
... Sklave nicht sibi, aber domino
...l. 38 § 6–8 de V. O. l. 38 h. t.
...sibi oder impersonell, aber nicht
... Vielmehr kommt folgender Unter-
...liert, so wird der Schuldner durch
... davon Kenntnis hatte, oder wissen
... des Herrn erfolgt (z. B. l. 19. 32.
... Mandry, Familiengüterrecht II.
... auf den Namen des Herrn ein-
...laven regelmäßig nicht leisten und
...dem Falle, daß er zur Empfang-
...sator) bevollmächtigt war. Und
...müssen, wenn der gemeinschaftliche
...uliert, obwohl die nominatio hier
...ung zu verschaffen. Selbst wenn
... unter Umständen eine Forderung
...den kann. Wird dem Mitsklaven
... eine solche Stipulation wird ihren
... den beiden, mit einem Pekulium
... Verhältnisse haben — so gilt für
... für den sibi ipsi stipulierenden
...uellen noch ein servo (filio) suo
...eod. l. 28 § 2 h. t. vgl. l. 95 § 5
... Sollen wir nun in einer solchen
... Herrn oder Gewalthabers sehen,
...rein anzunehmen ist, einen prak-
...ner mit voller Rechtswirkung an
... leisten können. Allerdings sagt
... Gegenteil („non recte filio solve-
...en im vorangehenden § 2 hervor-
... (bezw. Manumission des servus)
... wollen, daß wider den erklärten
...stung an den Sohn oder Sklaven
...t als solutionis causa adiectus
... nicht das Recht eingeräumt sei,

Der regelmäßige Fall wird auch hier sein, daß der Erwerb aus dem Vermögen des genannten Herrn gemacht wird. Aber dies ist keine notwendige Voraussetzung. Der genannte Herr erwirbt auch dann allein, wenn ex re utriusque, ja ex re alterius domini der Erwerb hervorgegangen ist;[6] die Ausgleichung wird auch hier durch act. comm. div. und pro socio herbeigeführt. Gajus fügt in l. 28 § 1 eod. noch hinzu: idemque esse dicendum et si ex operis suis alteri ex dominis servus adquirit. Dabei ist einzig an den Fall zu denken, wenn der Sklave seine Dienste nomine des einen Herrn vermietet hat, zumal wenn er die für sie zu zahlende Geldsumme sich für diesen hat promittieren lassen.

So einfach nun auch der Grundsatz selbst ist, so traten doch bei seiner Anwendung im einzelnen manche zweifelhafte Punkte hervor, wobei es an Meinungsverschiedenheiten nicht fehlte.

I. Wenn der Sklave die Leistung sich selbst und einem der Herren promittieren läßt, so konnte die Entscheidung kaum anders ausfallen, als daß die Forderung zur einen Hälfte dem genannten Herrn allein, zur andern allen Herren, natürlich nach Verhältnis ihrer Eigentumsanteile, erworben wird.[7] Dagegen bestand eine — wie es scheint, bis auf Quintus Mucius zurückgehende — Kontroverse über die Verteilung des Erwerbes, wenn die Stipulation auf den Namen einiger oder aller Herren gestellt war. Ulpian[8] spricht seine Meinung dahin aus, daß hier wie dort die

an ihn zu leisten. Eine Stütze findet diese Auffassung auch in l. 2 C. de contr. stip. 8, 37; denn würde hier wohl Diokletian an den Gewalthaber reskribieren: „paratam obligationem exercere non prohiberis", wenn überhaupt der Schuldner an den Gewaltunterworfenen nicht zahlen könnte? Dennoch wird schon seit der Glosse in seltener Einmütigkeit angenommen, daß dies nicht der Fall war.

[6] Vgl. auch l. 23 § 3 de A. R. D. 41, 1. — verb. quia et si ex re ipsius stipularetur, . . .

[7] l. 4 h. t. Ulp. l. 21 ad Sab. Si servus communis sibi et uni ex dominis stipuletur, perinde est, ac si omnibus dominis et uni ex his stipuletur veluti *Titio et Maevio et Titio;* et probabile est, ut Titio dodrans, Maevio quadrans debeatur.

[8] l. 7 pr. h. t. Ulp. l. 48 ad Sab. Si quattuor forte dominos habuerit et duorum iussu stipulatus sit, his solis adquiret qui iusserunt, magisque est, ut non aequaliter sed pro portione dominica totum eis adquiratur. Idem puto et si nominatim eis stipulatus esse proponatur: nam et si omnium iussu stipulatus sit vel omnibus nominatim, non dubitaremus omnibus pro dominicis eum portionibus, non pro virilibus adquirere.

genannten Herren nach Verhältnis ihrer Eigentumsquoten und nicht zu gleichen Teilen erwerben. Es stimmt dies vollkommen überein mit der von Paulus gebilligten Entscheidung des Sabinus, Cassius, Atilicinus, Plautius in dem vielbesprochenen analogen Falle, wenn den Erben nominatim ein Vermächtnis auferlegt ist; während Neratius hier stets Belastung zu Kopfteilen annahm und Pomponius der Meinung der ersteren bei der Belastung sämtlicher Erben, der des letzteren bei der Belastung nur eines Teiles der Erben beitrat.[9] Eine abweichende Auffassung vertritt nun aber — kaum ganz konsequent — derselbe Pomponius bei der Stipulation des gemeinschaftlichen Sklaven.

> l. 37 h. t. Pomp. l. 3 ad Qu. Mucium. Si communis servus ita stipularetur: '*Lucio Titio et Gaio Seio dari spondes?*' (qui sunt domini illius) pro virilibus partibus eis ex stipulatione debetur; si vero ita: '*dominis meis dari spondes?*' pro parte qua domini essent; si vero ita: '*Lucio Titio et Gaio Seio dominis meis dari spondes?*' dubitaretur, utrumne viriles partes an pro dominica portione eis deberetur. Et interesset, quid cuius demonstrandi gratia esset adiectum et quae pars eius stipulationis principalem causam haberet: sed cum ad nomina prius decursum est, rationabilius esse videtur pro virili parte stipulationem eis adquiri, quod dominorum vocabula pro demonstratione habeantur.

Pomponius erklärt sich also für den Erwerb der Forderung nach Kopfteilen, wenn allen Herren nominatim stipuliert wird, während sie, wenn die Stipulation auf die domini schlechthin gestellt war, ihnen nach Verhältnis der Eigentumsquoten geschuldet werden soll. Werden die Genannten noch als domini bezeichnet, so soll dieser Zusatz nur als unwesentliche demonstratio gelten, wenigstens wenn er den Namen nachfolgt; anders wohl, wenn er voransteht. Wie Pomponius über den Fall dachte, wenn nur einigen Herren nominatim stipuliert war, erfahren wir nicht; doch ist es mindestens wahrscheinlich,[10] daß er auch hier Erwerb zu gleichen Teilen annahm. Es macht durchaus den Eindruck, als ob

[9] l. 17 de duob. r. 45, 2. l. 124 de leg. I. l. 54 § 3 eod. Vgl. Arndts Komment. T. 47 S. 228 fg.

[10] Ein sicheres Argument würde freilich l. 54 § 3 cit. nicht gewähren.

wir es hier mit einem Stück Mucianischer Formularjurisprudenz zu thun haben, wenngleich es sich nicht feststellen läßt, wieweit die Stelle ein bloßes Referat aus Qu. Mucius enthalte. Übrigens kann bei der Manzipation in dieser Hinsicht nichts anderes angenommen worden sein, wie bei der Stipulation.

Es würde sich nur noch fragen, wie die entgegengesetzten Auffassungen innerlich zu begründen sind. Wenn allen Herren nominatim stipuliert wird, so kann, da der Erwerb nicht auf die Person des einen oder anderen beschränkt sein soll, der namentlichen Bezeichnung keine besondere Bedeutung beigelegt werden. Denn macht es bei dem im Alleineigentum stehenden Sklaven keinen Unterschied, ob er nominatim seinem Herrn oder sibi bezw. impersonell stipuliert,[11] so darf es sich bei dem gemeinschaftlichen Sklaven da, wo er für alle seine Herren erwirbt, nicht anders verhalten. Mithin greift der allgemeine Grundsatz platz, daß die Herren pro parte dominica berechtigt werden. Wenn die Stipulation nur auf einige der Herren lautet, so muß es so angesehen werden, als ob er diesen allein gehörte; dann würden sie aber wieder nach Verhältnis ihrer Eigentumsanteile erwerben. Dem könnte man aber entgegenhalten: Es läßt sich nicht annehmen, daß die ausdrückliche Nennung der Herren etwas ganz Überflüssiges sei; sie hat eben stattgefunden zu dem Zwecke, damit nicht nach der sonstigen Regel der Erwerb erfolge.[12] Bei der nominatio muß mithin von den Eigentumsanteilen der Herren ganz abgesehen werden. Wird nur einem Herrn namentlich stipuliert, so entsteht für ihn allein eine Forderung auf das Ganze; sind mehrere genannt, so konkurrieren sie zu dem Ganzen nach Kopfteilen, wie wenn sie selbst zusammen sich hätten promittieren lassen, da hier der Sklave bei Eingehung der Stipulation als Vertreter eines jeden der genannten Herren auftritt. Bei dieser Auffassung mochte vielleicht auch noch der praktische Gesichtspunkt mitwirken, daß so der Schuldner nicht nötig hatte, noch den Eigentumsquoten der genannten Herren nachzuforschen.

II. Eine Meinungsverschiedenheit bestand anfangs auch über die Behandlung der auf den Namen des einen oder anderen

---

[11] S. Anm. 5 a. A.

[12] Viel wert ist dieses Argument allerdings nicht; denn wenn die Namen aller Herren in die Stipulation gestellt wurden, so konnte dies auch zu dem Zwecke geschehen, damit der Schuldner wüßte, an wen er zu zahlen hätte.

Herrn gestellten Stipulation. Cassius erklärte sie für nichtig und nachdem die Autorität Julians für diese Meinung eingetreten war, gelangte sie zur unbestrittenen Herrschaft.[13] Sie wird von letzterem damit begründet, daß es hier „incertum est, utri eorum adquisierit actionem“,[14] daß aber „non possit in pendenti esse stipulatio nec apparere, utri eorum sit adquisitum“.[15] Es könne also nicht von vornherein eine Ungewißheit hinsichtlich der Person desjenigen, welcher die Forderung erwerben soll, durch die Stipulation selbst begründet werden. Keiner von beiden könnte ja aus der Stipulation klagen, da es beim Schuldner stehe, zu erklären, daß er nicht ihm, sondern dem anderen verpflichtet sei.[16]

Es würde sich nun noch fragen, welche Wirkung einer solcher Stipulation von der Gegenseite beigelegt wurde. Da liegt es nahe, an das alternative Vermächtnis zu denken, dessen Giltigkeit und Erfolg bekanntlich auch bestritten war.[17] Über dieses äußert sich nun Celsus in der vielerörterten l. 16 de leg. II:

> Si 'Titio aut Seio' (utri heres vellet) legatum relictum est, heres alteri dando ab utroque liberatur: si neutri dat, uterque perinde petere potest atque si ipsi soli legatum foret.

In letzterem Falle sollen die Legatare als „duo rei“ gelten. Nicht unwahrscheinlich, daß Celsus hier nur die Auffassung seiner Schule vertritt und die Annahme wird nicht zu gewagt erscheinen, daß in ihr die alternative Stipulation des gemeinschaftlichen Sklaven in gleicher Weise beurteilt wurde. Danach würde auch durch diese eine Korrealobligation für die genannten Herren begründet worden sein, falls der Schuldner nicht rechtzeitig dem einen oder anderen leistete. Der Schuldner wäre also sofort gebunden gewesen, hinsichtlich der Person des Gläubigers hätte aber noch eine durch die Wahl des Schuldners selber zu hebende

---

13 l. 9 § 1 h. t. Ulp. l. 48 ad Sab. Si cum duos dominos servus haberet, stipulatus fuerit illi aut illi dominis suis, quaesitum est, an consistat stipulatio. Cassius inutilem esse stipulationem scripsit et Julianus Cassii sententiam probat eoque iure utimur. Ebenso wenn die Stipulation lautet: Titio decem aut Maevio fundum dare spondes? l. 10 eod.

14 Jul. l. 10 eod.

15 l. 21 eod.

16 Paul. l. 12 eod. — non est qui petere possit.

17 Arndts a. a. O. T. 46 S. 453 fg. Fitting, Correaloblig. S. 152 fg.

Ungewißheit bestanden. Diese durch die Form der Stipulation selbst festgesetzte Unbestimmtheit hinsichtlich des Gläubigers erschien Cassius, Julianus und den Späteren mit Recht dem Wesen der Obligation zu widersprechen. Auch wurde die Anerkennung einer solchen subjektiv-alternativen Stipulation durch kein praktisches Bedürfnis gefordert. Denn sollte für die Herren des Sklaven eine Korrealforderung begründet werden, so stand eine entsprechende Stipulationsformel zu Gebote.[18] War aber die Absicht darauf gerichtet, daß dem Schuldner die Wahl gelassen sein sollte, dem einen oder dem andern zu leisten, so ließ sich dies in der Weise erreichen, daß die Leistung für den einen unbedingt, für den andern unter der Bedingung der Nichtleistung an den ersteren promittiert wurde. Eine solche Stipulation behandelt Julian in l. 1 § 6 h. t.,[19] nur daß hier das bedingt abgegebene Versprechen, da es auf ein Mehr geht, den Charakter einer Pönalstipulation hat. Es scheint aber nicht zweifelhaft zu sein, daß Julians Entscheidung ebenso lauten würde, wenn für den zweiten Herrn die gleiche Summe promittiert wäre. Fraglich würde nur bleiben, ob, wenn für die Zahlung an den ersten Herrn kein Termin festgesetzt wäre, dieser nach der Meinung Julians überhaupt eine Klage hätte; diese Frage muß jedoch verneint werden. Übrigens wird sich schwerlich ein Fall aussinnen lassen, wo eine solche Stipulation wirklich ein praktisches Interesse gehabt hätte.

Befremdlicher ist Julians Entscheidung in l. 21 h. t.

---

[18] Daß die alternative Formel für die Begründung einer Korrealobligation ungeeignet ist, geht schon daraus hervor, daß ja jedem ein anderer Gegenstand versprochen werden kann (Anm. 13).

[19] Cum servus communis Maevii et Titii stipulatur in hunc modum: '*decem kalendis Titio dare spondes? si decem kalendis Titio non dederis, tunc Maevio viginti dare spondes?*' duae stipulationes esse videntur et, si kalendis decem data non fuerint, uterque dominus ex stipulatu agere poterit: sed secunda obligatione Maevio commissa Titius exceptione doli summovebitur. Vgl. meine Schrift über die Novation S. 204 Anm. 14. (Nach Paulus l. 44 § 6 de O. et A. 44, 7 würde Titius ipso iure nicht klagen können, da mit Eintritt der Bedingung die erste Stipulation aufgehoben wäre.) Anders entscheidet Jul. l. 10 § 1. Ulp. l. 3 § 3 de adim. leg. 34, 4 beim Vermächtnis: *Titio dato; si non dederit, Maevio dato.* Es wird hier eine Translation des Vermächtnisses für den Fall des Todes des Titius vor dem dies cedens angenommen; gewiß dem Willen des Erblassers entsprechend, welcher nicht dem Titius und Mävius nach Wahl des Erben alternativ zu vermachen beabsichtigte, wofür die angemessene Formel „Titio aut Maevio“ gewesen wäre.

Venul. l. 1 stip. Si servus communis ita stipuletur: *'kalendis Januariis decem Titio aut Maevio dominis, uter eorum tunc vivet, dare spondes?'* inutilem esse stipulationem Julianus scribit, quia non possit[20] in pendenti esse stipulatio nec apparere, utri eorum sit adquisitum.

Es ist alternativ jedem unter einer besonderen Bedingung (si vivet) stipuliert. Man sollte doch meinen, daß der Giltigkeit der Stipulation nichts entgegenstünde für den Fall, daß nur für den einen der Herren die Bedingung in Erfüllung ginge, also nur einer am 1. Januar noch am Leben wäre. Überhaupt ist die Wirksamkeit der Stipulation noch unentschieden, da ja möglicherweise beide inzwischen sterben können. Es handelt sich um die Begründung einer Forderung für den an dem bestimmten Tage noch lebenden Herrn; sterben inzwischen beide, so ist die Bedingung ausgefallen; sind beide an dem Tage noch am Leben, so würde nun allerdings eine alternative Obligation in Frage kommen und die Stipulation muß jetzt für inutilis erklärt werden.[21]

[20] An dem Texte ist nichts zu ändern, er ist grammatisch wie logisch in bester Ordnung und über den Sinn kann kein Zweifel obwalten. Die Stipulation ist nichtig, sagt Julian, weil es den Rechtsprinzipien widerspricht, daß die Wirkung einer Stipulation in der Schwebe bleiben solle, in der Weise nämlich, daß nicht hervortritt, für welchen von beiden Herren der Erwerb stattgefunden hat. Durch Mommsens Emendation in der kleinen Digestenausgabe „possit non" wird die Deduktion Julians schief und unverständlich.

[21] Wie wenn nicht alternativ, sondern kopulativ den beiden Herren „uter eorum vivet" stipuliert wäre? Dann würde, wenn beide am Leben sind, ihnen auch die Forderung erworben werden. Doch wird es hier nicht an Zweifeln gefehlt haben. Denn daß nach dem Wortlaut der Stipulationsformel beiden und doch wieder nur einem von beiden geleistet werden solle, mochte widersinnig erscheinen. Wenigstens treten uns Bedenken in dem analogen Fall der Erbeinsetzung und des Legates entgegen. So zunächst, wenn die Erbeinsetzung lautet: Titius et Maevius, uter eorum volet, heres esto. Trebatius vertrat hier den Standpunkt einer rein formalen Auffassung, indem er annahm, daß die Erbeinsetzung zusammenfalle, wenn beide Erben sein wollen. Proculus dagegen ließ beide als Erben zu, weil „uter eorum volet" ein überflüssiger Zusatz sei. Aber dieses Argument erkennt er selbst als nicht stichhaltig, indem er ebenso entscheidet, wenn die Eingesetzten necessarii heredes sind. l. 70 de H. J. 28, 5. Ebenso erklärt Celsus bei der Erbeinsetzung: „Titius et Maevius, uter eorum vivet," daß, wenn beide sich am Leben befinden, auch beide zur Erbfolge berufen seien, indem er sich für den Fall eines solchen Legates auf eine gleiche Entscheidung in einem SCtum bezieht. l. 24. 26 eod. Diese Entscheidungen bringen unzweifelhaft den Willen des Erblassers zur Geltung. Es scheint, man wäre hier auch zum Ziele gelangt, wenn man die Klausel „uter vivet" als überflüssigen Zusatz behandelt hätte. Indessen dann wäre hinsichtlich des Erbteiles desjenigen, der nicht

Im Hinblick auf diese Möglichkeit, daß beide Herren jenen Tag erleben, erklärt Julian die Stipulation für von vornherein nichtig. Aber er verkennt, daß sie an eine Bedingung geknüpft ist, durch welche ihre Wirksamkeit überhaupt, nicht bloß und nicht einmal hauptsächlich ihre subjektive Wirksamkeit, d. h. der Erwerb für den einen oder anderen Herrn, ins Ungewisse gestellt wird. Sein Argument beweist zuviel; denn es würde schließlich dahin führen, die bedingte Stipulation überhaupt für ungültig zu erklären. Und wie, wenn die Leistung erst nach 10 Jahren erfolgen sollte? oder wenn eine andere Bedingung gesetzt wäre, wie z. B. „uter eorum in Alexandriam ierit," oder „consul factus sit," u. dgl. m.? Konsequent müßte Julian auch hier die Nichtigkeit der Stipulation behaupten, da möglicherweise ja für beide Herren die Bedingung in Erfüllung gehen könnte.

Es erhebt sich schließlich die Frage, ob man die Stipulation „Titio aut Maevio" nicht in der Weise aufrecht erhalten könne, daß man den einen Herrn als Gläubiger, den anderen als solutionis causa adiectus behandelt. Auch dagegen erklärte man sich mit Recht. Nur dann, so argumentierte man, kann der eine in der Stipulation Genannte als solutionis causa adiectus gelten, wenn für ihn weder eine Forderung entsteht, noch die Begründung einer Forderung beabsichtigt war.[22] Im vorliegenden Falle ist es aber ungewiß, für welchen von beiden Herren die Forderung begründet sein sollte, da eine solche ja an sich ebenso für den einen oder anderen begründet werden könnte. Mithin kann keiner klagen, also auch der zuletzt genannte Herr nicht die Stellung einer bloß solutionis causa bezeichneten Person einnehmen.[23]

---

am Leben blieb, Kaduzität eingetreten, während nun der Überlebende heres ex asse war. So bezieht sich denn das erwähnte SCtum gewiß auf die l. Papia. Starb einer der Berufenen nach der Delation, bevor er sich noch über die Antretung erklärt hatte, so trat allerdings Kaduzität ein, jedoch suchte man diese durch die Annahme einer stillschweigenden Substitution des Überlebenden auszuschließen. Ulp. l. 25 eod. — Vorsichtiger ist in dem gleichen Falle die Formel des Legates in l. 81 § 8 de leg. I. (Jul.): „Lucio et Titio eorumve cui fundum do lego."

[22] Vgl. l. 128 de V. O. 45, 1. l. 126 § 2 eod. — ut nec ad solutionem proficiat adiectio absentis, cui principaliter obligatio quaerebatur.

[23] Vgl. Jul. l. 1 § 5 h. t. — quia utrique actionem adquirere potuisset. l. 98 § 7 de sol. 46, 3. Anders wenn jener Herr tantum solutionis, non obligationis capax ist, wie in dem Falle der l. 16 pr. de fidei. 46, 1.

l. 11. 13 h. t. Ulp. l. 48 ad Sab. Cur ergo cum Primo aut Secundo dominis[24] stipulatio non constitit nec solutio est? Illa ratio est, quia non invenimus, in cuius persona stipulatio constitit, in cuius solutio. — Cum enim stipulatur domino aut extraneo servus, utrumque consistet et in domini persona stipulatio et in extranei solutio: at hic τὸ ἰσάζον corrumpit stipulationem et solutionem.

l. 12 eod. Paul. l. 10 Quaest.[25] Nam cum uterque obligationis capax sit, non invenimus, quis adiectus sit.

Man wird die Argumentation beider Juristen kaum als ganz korrekt bezeichnen können.[26] Denn als adiectus käme hier doch immer nur der an zweiter Stelle genannte Herr in Frage.[27] Dieser kann aber als adiectus eben deshalb nicht gelten, weil er als Herr selbst Gläubiger werden würde; denn der Sklave hat nicht bloß in seiner Eigenschaft als servus Titii, sondern auch als servus Maevii stipuliert. Daraus ergiebt sich aber zugleich, daß die dem Schlusse der l. 11 cit. vorangehende Ausführung Ulpians sehr angreifbar ist. Es handelt sich da um die Stipulation: mihi aut Primo aut Secundo dominis meis dari spondes? Auch hier müsse gelten, was Julian festgestellt hat, „inutilem esse stipulationem." Aber nicht die ganze Stipulation, sondern nur die adiectio könne als inutilis angesehen werden: „eo enim quod ait 'mihi', omnibus adquisiit ex stipulatu actionem." Aber dennoch dürfe man jene adiectio nicht streichen; es könne den Genannten vielmehr wirksam Zahlung geleistet werden, ganz wie wenn jemand 'sibi aut Titio' stipuliert. Wir sehen ganz ab von der Art und Weise der Deduktion, der niemand Schärfe nachrühmen wird; mit dem von ihm — freilich etwas zurückhaltend — aufgestellten Satze gerät Ulpian mit sich selbst in Widerspruch. Wenn der gemeinschaftliche

[24] Hier ist wohl einzuschieben stipulatus sit.

[25] Sollte nicht die Inskription in l. 15 Quaest. zu ändern und der Stelle bei l. 98 § 7 de solut. 46, 3, vielleicht sogar hinter den Worten „inutilis est stipulatio" einzureihen sein?

[26] Ebensowenig die sich ihr anschließende Ausführung Fittings a. a. O. S. 178.

[27] In l. 1 § 5 h. t. ist mit Cujacius vielleicht umzustellen: proprietario aut fructuario.

Sklave „sibi aut Primo domino“ stipuliert — ob noch „aut Secundo“ hinzugefügt wird, ist völlig unerheblich —, so kann man den Primus nicht, wie es Ulpian versucht, exemplo extraneae personae behandeln, weil er eben als Herr des Sklaven selbst die Forderung erwerben würde. Auch hier bliebe es demnach incertum, utri adquisierit actionem, ob allen seinen Herren pro parte dominica, oder allein dem einen oder anderen, dem nominatim stipuliert ist.

III. Da der Herr, dem nominatim stipuliert wird, die ganze Forderung erwirbt, so kann auch durch den gemeinschaftlichen Sklaven eine Korrealobligation für beide Herren begründet werden, indem er für jeden dasselbe promittieren läßt.

> l. 29 h. t. Paul. l. 72 ad Edict. Si communis servus sic stipulatus sit: *'decem illi domino, eadem decem alteri dare spondes?'* dicemus duos reos esse stipulandi.

IV. Auch von dem einen seiner Herren kann der gemeinschaftliche Sklave sich eine Leistung an den anderen promittieren lassen.

> l. 7 § 1 h. t. Ulp. l. 48 ad Sab. Si servus communis ab uno ex sociis stipulatus sit, si quidem nominatim alteri socio, ei soli debetur.

In voller Konsequenz hat man sogar angenommen, daß Gegenstand dieser Stipulation auch der stipulierende Sklave selbst sein könne.

> l. 2. h. t. Ulp. 4 ad Sab. Servus communis ipse se sibi stipulari non potest, quamvis constaret eum se stipulari domino posse: non enim se domino adquirit, sed de se obligationem.

Eine Stipulation: „me mihi dare spondes?“ ist nichtig, weil unsinnig; denn der Sklave kann sich nicht an sich selbst tradieren oder auf sich selbst durch Manzipation übertragen lassen. Hat der Sklave sich selbst von einem dritten impersonaliter oder seinem Herrn schlechthin stipuliert, so kommt der Stipulation deshalb keine Wirkung zu, weil die Herren schon Eigentümer des promittierten Objektes sind. Anders aber, wenn der Sklave nominatim dem einen Herrn die Leistung seiner selber, oder auch des dem anderen Herrn zukommenden Anteiles sich promittieren läßt, sei es daß die Stipulation mit einem dritten oder mit

dem anderen Herrn eingegangen wird. Hier erwirbt der erstere Herr eine Forderung auf Leistung des dem anderen Herrn gehörenden Anteiles.[28] Ob Ulpian die eine oder andere Stipulation im Sinne hatte, muß dahingestellt bleiben; jedenfalls kann das „se stipulari domino“ nur von einer auf den Namen des einen Herrn gestellten Stipulation verstanden werden. Promittiert der andere Herr, so verpflichtet er sich eben zur Übertragung seiner pars dominica. Sich selbst, oder genauer, eine Quote seiner selber kann freilich der Sklave nicht erwerben, sondern immer nur eine Obligation, deren Gegenstand er ist.

V. Endlich kann der gemeinschaftliche Sklave den einen seiner Herren von einer Schuld befreien, indem er mit dem Gläubiger für ihn eine Acceptilation vornimmt. („Quod Titius tibi promisit habesne acceptum?“)

> l. 8 § 1 de accept. 46, 4. Ulp. l. 48 ad Sab. — Servus communis sicut uni ex dominis stipulari potest, ita etiam acceptum rogare uni ex dominis potest eumque in solidum liberat; et ita Octavenus putat.

Hierbei ist nur auffallend, daß Ulpian dies als etwas besonderes hervorhebt und dafür auf die Autorität eines älteren Juristen Bezug nimmt. Denn man sollte doch meinen, darüber hätte kein Zweifel bestehen können, daß durch jene Acceptilation der einzelne Herr von seiner Schuld befreit werde. Indessen es mochte anfangs das Bedenken auftauchen, ob nicht die Acceptilation durch einen gemeinschaftlichen Sklaven überhaupt unzulässig sei. Denn eine teilweise Wirkung derselben konnte deshalb nicht angenommen werden, weil sie selbst formell nicht auf einen Teil der Schuld gerichtet war, — ganz abgesehen davon, daß die Möglichkeit einer teilweisen Acceptilation ursprünglich vielleicht überhaupt in Zweifel gezogen wurde. Bei der Annahme aber, daß der betreffende Herr ganz befreit werde, mußte man sich daran stoßen, daß der gemeinschaftliche Sklave doch zum Teil ein fremder Sklave ist und einem solchen nicht wirksam acceptoferiert werden kann. Allerdings war anerkannt, daß der servus communis einem der Herrn allein erwerben könne, indem er auf dessen Namen stipuliert, mancipio empfängt und überhaupt den

[28] Pap. l. 18 § 1 h. t. Si servus Titii et Maevii partem, quae Maevii est, sibi dari stipuletur, nulla stipulatio est, cum si Titio dari stipulatus fuisset, Titio adquireretur.

Erwerbsakt vollzieht. Hier aber handelt es sich doch um Befreiung von einer Schuld, nicht um Begründung eines Rechtes für den einen oder anderen der Herren. Diesem Bedenken trat man nun in der Weise entgegen, daß man die Schuldbefreiung unter dem Gesichtspunkte eines Erwerbes durch den Sklaven auffaßte und das acceptum rogare mit dem stipulari in Parallele stellte.[29] Wie der gemeinschaftliche Sklave nominatim stipulando dem einen Herrn die ganze Forderung erwirbt, so erwirbt er ihm die Befreiung von der Schuld in solidum, indem er für ihn sich acceptoferieren läßt. Hier wie dort ist der Rechtsakt auf den Namen des Herrn gestellt, wobei man freilich nicht übersehen konnte, daß ohne Nennung des Herrn als Schuldner das acceptum rogare überhaupt nicht denkbar war.

Jedenfalls war der Acceptilation durch den gemeinschaftlichen Sklaven schon von Labeo volle Wirkung zuerkannt. Dies geht aus l. 8 § 2 eod. hervor:

> Accepto liberare servus communis alterum ex dominis etiam ab altero domino potest: id enim et Labeoni placuit.

Wenn in dem weiteren Fortgang dieser Stelle Labeo als bemerkenswert hervorhebt, daß durch einen und denselben Sklaven dem einen Herrn eine Forderung gegen den anderen erworben und letzterer wieder von dieser Verbindlichkeit befreit werden könne,[30] so ist dieser Fall insofern theoretisch lehrreich, als hier der servus communis das eine Mal als Sklave des einen, das andere Mal als Sklave des anderen Herrn das Rechtsgeschäft vornimmt.

---

[29] l. 11 pr. eod. l. 63 de solut. 46, 3; vgl. l. 59 de pact. 2, 14, freilich alles Stellen erst von Paulus. — Unbedenklicher erschien es wohl, daß der gemeinschaftliche Sklave für den einen Herrn ein wirksames pactum de non petendo abschließen könne; denn hier handelt es sich in der That um den Erwerb eines — freilich „negativen" — Rechtes für diesen Herrn. Vergl. Bekker, Pandekten § 28.

[30] Si a Primo domino Secundo socio stipulatus fuerit, posse Secundum accepto rogare et per acceptilationem Primum liberare, quem ipse obligaverat.

§ 3. Der iussus domini.

Wenn der eine Herr an den gemeinschaftlichen Sklaven den Befehl zur Vornahme eines Erwerbsgeschäftes ergehen läßt, so ist der normale Verlauf der, daß der Sklave das Rechtsgeschäft, oder den Erwerbsakt auf den Namen dieses Herrn stellt. Der dominus ertheilt den iussus in Erwartung, daß nominatim für ihn kontrahiert oder erworben werde; wie denn auch das nominatim contrahere regelmäßig nur infolge eines vorangegangenen iussus — abgesehen von dem Falle des Erwerbes ex re unius domini — erfolgen wird. Wie nun aber, wenn bei dem aufgetragenen Erwerbsgeschäfte die Namhaftmachung dieses Herrn unterbleibt? Die ältere Zeit legte hier auf den iussus gar kein Gewicht. Erst Ofilius brachte die Ansicht zur Geltung, daß dem iussus selbständige Bedeutung zukomme. Und dies wurde Lehrsatz der sabinianischen Schule,[1] während die Proculianer daran festhielten, daß der iussus nur als Veranlassung des Erwerbsaktes aufzufassen sei und mithin für die Frage nach seiner Wirkung nicht in Betracht kommen könne.

> Gaius III § 167 a. Illud quaeritur, an quod domini nomen adiectum efficit, idem faciat unius ex dominis iussum intercedens: nostri praeceptores perinde ei qui iusserit soli adquiri existimant, atque si nominatim ei stipulatus esset servus mancipiove accepisset; diversae scholae auctores proinde utrisque adquiri putant, ac si nullius iussum intervenisset.

Die Anerkennung des iussus enthielt eine praktisch wichtige, aber auch nicht unbedenkliche Neuerung. Führte sie doch dazu, die Wirkung des Rechtserwerbes nach einem hinter dem Erwerbsakte liegenden Moment zu beurteilen. Auch konnte der andere Teil, wenn er in Unkenntnis des iussus sich verpflichtet hatte, leicht gefährdet werden, indem er an die übrigen Miteigentümer anteilsweise leistete. War der iussus nicht mitgeteilt, so konnte bei der Promission an einen gemeinschaftlichen Sklaven niemand wissen, wem er verpflichtet werde. Umgekehrt bei Mitteilung des iussus würde ohnehin der andere Teil nur nominatim für den

---

[1] Pomp. l. 6 h. t. Ofilius dicebat . . . posse soli ei adquiri qui iussit: quae sententia et Cassii et Sabini dicitur.

betreffenden Herrn promittiert haben; da hätte also kein Bedürfnis vorgelegen, dem iussus eine rechtliche Bedeutung zuzuerkennen. Indessen einerseits war die Gefahr keine so große, da der Schuldner durch Leistung an den Sklaven selbst befreit wird. Andererseits aber schien der neue Rechtssatz durch das praktische Bedürfnis gefordert, da ohne ihn der Erwerb für den Herrn in das Belieben des Sklaven gestellt war, wenn dieser zwar das anbefohlene Rechtsgeschäft vornahm, es aber nicht dem Willen des Jubenten gemäß auf den Namen desselben stellte. Namentlich in den Fällen, wenn der Erwerb aus dem Vermögen des den iussus erteilenden Herrn gemacht war, mußte es als befremdlich erscheinen, daß an ihm auch der andere Miteigentümer des Sklaven teilnehmen und ersterer einzig auf einen Ersatzanspruch gegen den letzteren beschränkt sein sollte. Und in noch höherem Maße wurde der erstere Herr benachteiligt, wenn er selbst aus dem, dem Erwerbsakte zu Grunde liegenden Rechtsgeschäfte allein verpflichtet war. So, wenn er einen Kaufvertrag geschlossen hatte — oder auch infolge seiner Ermächtigung mit dem Sklaven kontrahiert war[2] — und nun der Sklave auf seinen Befehl die Sache sich manzipieren ließ.[3]

Sollte überhaupt der gemeinschaftliche Sklave von jedem seiner Herren als Erwerbsinstrument benutzt werden können, durch welches er Erwerbsgeschäfte mit der gleichen Rechtswirkung wie in eigener Person oder wie durch einen ihm allein gehörigen Sklaven vornehmen könnte, so wurde man notwendig dahin geführt, dem iussus dieselbe rechtliche Bedeutung wie der nominatio beizulegen. Man behandelt das Rechtsgeschäft als ein solches, das einzig den Herrn anging, auf dessen Geheiß der Sklave es abgeschlossen hatte, und woraus der andere Herr keine Rechte für sich ableiten konnte. Der gemeinschaftliche Sklave war hier so anzusehen, als ob er dem Jubenten allein gehörte; man konnte

---

[2] Paul. l. 5 § 1 qu. iussu 15, 4. Si unus ex servi dominis iussit contrahi eum eo, is solus tenebitur. Allerdings involviert der die Verpflichtung begründende noch nicht immer einen den Rechtserwerb bedingenden iussus und es wäre wohl denkbar, daß auch nach der Absicht des Jubenten eine Verbindlichkeit allein für ihn entstehen, ein Forderungsrecht aus dem Kontrakt aber für alle Herren des gemeinschaftlichen Sklaven erworben werden sollte.

[3] Bei der Tradition würde ohnehin, auch nach der Meinung der Proculianer, das Eigentum auf den Herrn, der die Sache gekauft hatte, übergehen.

sagen, daß er hier einzig in seiner Eigenschaft als Sklave dieses Herrn das Erwerbsgeschäft vorgenommen habe. Dagegen hielten die Proculianer daran fest, daß eine Abweichung von dem grundsätzlichen Erwerb aller Herren aus den Rechtshandlungen des gemeinschaftlichen Sklaven nur dann zuzulassen sei, wenn bei dem Erwerbsgeschäfte selbst die Beschränkung seiner Wirkung auf einen der Herren zum Ausdruck gelange.

Gewiß kam die Bedeutung des iussus — wie auch der nominatio — zuerst bei Stipulation und Manzipation in Frage. Man kann wohl auch zugeben, daß bloß hier eine Schulkontroverse bestand, d. h. daß der Erwerb für den Jubenten nur bei der Stipulation und Manzipation ein Lehrsatz der sabinianischen Schule war. Daß aber bei den sonstigen Erwerbsgeschäften dem iussus überhaupt keine Wirkung auch von den dieser Rechtsschule angehörigen Juristen beigemessen wurde, ist eine zuweitgehende Behauptung.[4] Durch den Bericht von Gaius III § 167 a wird sie nicht bewiesen; ebensowenig wie man aus §. 167 herauslesen darf, daß auch die nominatio domini abgesehen von Stipulation und Manzipation bedeutungslos gewesen wäre, was direkt durch die demselben Juristen entnommene l. 28 § 3 h. t. widerlegt wird. Wer auch bei nicht formellen Rechtsgeschäften den Erwerb bloß für den Herrn eintreten ließ, auf dessen Namen das Geschäft eingegangen war, konnte doch hier folgerichtig den iussus, wenn er ihn überhaupt für erheblich hielt, nicht anders behandeln. Ob freilich alle Sabinianer diese Konsequenz gezogen, bleibt fraglich. Wenn die rechtliche Wirksamkeit des iussus in der That nicht bei allen Erwerbsgeschäften des Sklaven als Lehrsatz angenommen sein sollte, so würde der Grund wohl darin zu suchen sein, daß man es für bedenklich erachtete, überall einzig demjenigen Herrn, auf dessen Geheiß der Sklave das Geschäft vorgenommen hatte, den Erwerb zuzusprechen ohne Rücksicht auf seine materielle causa, also insbesondere darauf, auf wessen Kosten der Erwerb gemacht war.

Auf l. 6 h. t. kann man sich allerdings nicht mit Sicherheit berufen, da diese Stelle einer Interpolation dringend verdächtig ist; aber nicht etwa aus dem Grunde verdächtig, weil sie „den genannten Sabinianern eine Ansicht unterschiebt, die sie nach dem

---

[4] Heck, Zeitschr. f. Rechtsgesch. B. 23. (10.) S. 128.

Bericht des Gajus nicht gehabt haben" (Heck a. a. O.). Man scheint diese Stelle überhaupt noch nicht scharf ins Auge gefaßt und sorgfältig genug erwogen zu haben, und hat so auch die in ihr liegenden Schwierigkeiten nicht erkannt.

> Pomp. l. 26 ad Sab. — Ofilius recte dicebat et per traditionem accipiendo vel deponendo commodandoque posse soli ei adquiri, qui iussit: quae sententia et Cassii et Sabini dicitur.

Daß hier „per traditionem" für „mancipio" interpoliert ist, darf als sicher bezeichnet werden. Ferner wird Pomponius in dem Referat der Ansicht des Ofilius gewiß auch der Stipulation gedacht haben. Denn daß der Erwerb gerade durch Manzipation als etwas besonderes hervorgehoben wäre, erscheint schwer denkbar: man müßte denn annehmen, daß während bei der Stipulation die Bedeutung des iussus schon früher anerkannt gewesen wäre, zuerst Ofilius die Meinung ausgesprochen hätte, daß der iussus auch bei der Manzipation in gleicher Weise in Betracht komme. Denken wir uns die Worte „vel deponendo commodandoque" einmal fort, so müßte — abgesehen von der befremdlichen Wendung posse adquiri — im höchsten Grade auffällig erscheinen, daß Pomponius zu der referierten Ansicht des Ofilius bemerkt: quae sententia et Cassii et Sabini dicitur. Wie könnte denn ein Vertreter der Schule der Sabinianer bei einer noch zu seiner Zeit bestehenden Schulkontroverse, die er doch nicht bloß dunkel von Hörensagen kannte, berichten, daß dies die Lehrmeinung der Sabinianer sein solle! Es bliebe somit nur zweierlei übrig. Entweder der Satz: quae sententia et Cassii et Sabini dicitur ist von den Kompilatoren als historische Notiz hinzugefügt; dies ist aber wenig wahrscheinlich, da es sich um einen zu ihrer Zeit unbestrittenen Rechtssatz handelte. Oder man muß annehmen, daß es sich in dem Referat des Pomponius nicht um einen in den Schulen streitigen Rechtssatz, sondern um eine Privatmeinung der zitierten Juristen handelt.[5] Damit wäre aber zugleich der Beweis geliefert, daß der ursprüngliche Text des Pomponius nicht durch einfache Streichung der bemängelten Worte „deponendo commodandoque", als eines Zusatzes der Kompilatoren, hergestellt werden

[5] S. überhaupt Dirksen, Beiträge z. Kunde d. röm. Rechts S. 29.

kann. Auch die Annahme, daß die Stelle ursprünglich von einer mancipatio fiduciae causa gehandelt habe,[6] ist eine unhaltbare Konjektur. Gegen sie spricht, abgesehen von allem anderen, der Umstand, daß wenn durch Manzipation überhaupt der Erwerb für den Jubenten eintritt, es wohl kaum darauf ankommen kann, ob der Manzipation ein pactum fiduciae hinzugefügt ist oder nicht, der Jurist also gar keine Veranlassung hatte, auf ein solches Bezug zu nehmen.[7] Eher möchte es scheinen, daß die Stelle des Pomponius folgendermaßen gelautet hat: Ofilius recte[8] dicebat [non solum stipulando] et mancipio accipiendo, [sed etiam emendo] vel deponendo commodandoque . . . Die Kompilatoren mußten die ersten eingeklammerten Worte streichen, da bereits im Schlußsatz der vorangehenden l. 5 von der iussu unius dominorum eingegangenen Stipulation die Rede war, und ferner statt „mancipio" setzen „per traditionem". War nun aber einmal der Erwerb durch Tradition in die Stelle hineingebracht, so konnte leicht auch die Hervorhebung des Kaufes als überflüssig erscheinen; und schief wäre diese Gegenüberstellung („nicht allein durch Tradition, sondern auch durch Kauf") auch in der That gewesen. So hätte denn schon Ofilius die Wirksamkeit des iussus nicht auf Manzipation und Stipulation beschränkt, sondern sie auch bei formlosen Verträgen, insbesondere beim Kauf und den Realkontrakten,[9] anerkannt; vielleicht aber nur unter bestimmten Voraussetzungen („posse adquiri"), etwa wenn ex re iubentis die Forderung erworben, also eine diesem gehörige Sache verkauft, deponiert, kommodiert oder mit dem eigenen Gelde desselben gekauft war. Und diese Ansicht, welche auch Sabinus und Cassius vertraten,[10] wurde von Pomponius gebilligt.

---

[6] Nach Lenel, palingen. I. p. 123 n. 4 hätte Pomponius geschrieben: mancipio accipiendo vel fiduciae causa. Nach seiner späteren Annahme I. p. 802 n. 2. II. p. 136 n. 2 soll der ursprüngliche Text gelautet haben: fiduciae causa mancipio accipiendo vel cum creditore vel cum amico contractae.

[7] Im übrigen vgl. dagegen auch Heck a. a. O. S. 129.

[8] Ob auch dies Wort interpoliert ist, muß dahingestellt bleiben.

[9] Auch beim Darlehn. Daß jedoch ursprünglich in der Stelle auch „credendo" gestanden habe, ist unwahrscheinlich. Denn die Kompilatoren hätten keine Veranlassung gehabt, dies Wort zu tilgen; auch brauchte es der Jurist nicht besonders hervorzuheben, da ja das Darlehn regelmäßig mit einer Stipulation verbunden wird.

[10] Eine völlig befriedigende Erklärung des „dicitur" vermag ich nicht

Jedoch dies ist alles nur unsichere Hypothese. Zur Zeit der späteren klassischen Juristen war die sabinianische Auffassung jedenfalls allgemein durchgedrungen. Dies ergiebt sich sowohl aus dem Ausspruch des Scävola in l. 25 § 6 de usufr. 7, 1: „iussum pro nomine accipimus", wie aus der Erklärung Ulpians in l. 5 h. t.:

Sed et si non nominatim domino stipuletur, sed iussu unius dominorum, hoc iure utimur, ut soli ei adquirat, cuius iussu stipulatus est.

Der iussus wird der nominatio grundsätzlich in der Wirkung gleichgestellt; so auch in dem Falle, wenn er von mehreren oder allen Herrn erteilt ist,[11] und ebenso wenn der gemeinschaftliche Sklave das Erwerbsgeschäft mit einem seiner Herren eingeht.[12] Auch darüber wird wohl kaum noch eine Meinungsverschiedenheit bestanden haben, daß dem iussus bei allen Rechtsgeschäften des gemeinschaftlichen Sklaven die gleiche Wirkung zukomme, den Erwerb einzig für die Person des Jubenten zu begründen; so insbesondere bei Kauf und Miete, Darlehn, Depositum, Kommodatum, negotiorum gestio. Ebenso wird der Besitz einzig demjenigen Herrn erworben, der den Befehl zur Besitzergreifung erteilt hatte und mit dem Besitz auch das Eigentum, es sei denn, daß dem Sklaven die Sache für den anderen Herrn oder für beide tradiert war. Auf den besonderen Willen des Sklaven kann es hier nicht ankommen; der Jubent erwirbt den Besitz allein, auch wenn die Absicht des Sklaven darauf gerichtet war, den anderen Herrn zum Besitzer zu machen. Darüber, daß Paulus in diesem Punkte anderer Ansicht war

---

zu geben. Es bleibt immer der Einwand bestehen, daß Pomponius doch selbst die Meinung des Sabinus und Cassius über diese Frage kennen mußte, also daß hinsichtlich derselben Gewißheit bestand. Am leichtesten käme man um die Schwierigkeit herum, wenn man den ganzen Satz für ein Glossem halten dürfte.

[11] S. oben S. 77 Anm. 8. Ulp. l. 7 pr. h. t. Proinde et si quattuor forte dominos habuerit et duorum iussu stipulatus sit, his solis adquiret qui iusserunt, magisque est, ut non aequaliter, sed pro portione dominica totum eis adquiratur. — Et si omnium iussu stipulatus sit, . . non dubitaremus omnibus pro dominicis eum portionibus, non pro virilibus adquirere.

[12] Oben S. 85. l. 7 § 1 eod. Si servus communis ab uno ex sociis stipulatus sit, . . . si iussu unius socii . ., idem iuris est quod esset, si eidem illi socio nominatim dari stipulatus esset.

und entscheidendes Gewicht auf den Willen des Sklaven legte, ist bereits früher gesprochen worden.[13]

War nun auch der Lehrsatz der Sabinianer rezipiert und dem iussus im Prinzip die gleiche rechtliche Bedeutung wie der nominatio zuerkannt worden, so wird es doch an Zweifeln und Kontroversen auch später nicht gefehlt haben. Diese Annahme würde naheliegen, auch wenn sie uns Justinian in der zu den 50 decisiones gehörigen l. 3 (2) C. per qu. pers. 4, 27 nicht bestätigte. Aber zur Bestimmung desjenigen Kreises von Fällen, in denen die Meinungsverschiedenheit der Juristen hervortrat, gewährt uns diese Konstitution selbst keinen Anhalt. Nach § 3 J. per qu. pers. 3, 28[14] möchte es scheinen, als ob die Schulkontroverse über die Wirksamkeit des iussus bis auf Justinian fortbestanden und erst dieser sie durch die erwähnte Dezision beseitigt habe. Dem gegenüber soll nicht darauf Gewicht gelegt werden, daß diese Konstitution, wie sie uns überliefert ist, keine direkte, gerade den angeblich noch streitigen Rechtssatz selbst betreffende Entscheidung giebt. Durchschlagend ist jedoch der — nicht interpolierte — Ausspruch Ulpians in l. 5 h. t.: hoc iure utimur, welcher darthut, daß hinsichtlich der rechtlichen Wirksamkeit des iussus Zweifel in der Praxis nicht mehr bestanden und daher auch nicht erst auf dem Wege eines Gesetzes beseitigt zu werden brauchten. Wenn ein solches dennoch erging, so darf man nicht übersehen, daß es sich hier, wie auch in anderen Fällen, nicht sowohl um die Entscheidung einer noch bestehenden Kontroverse — oder auch um die Beseitigung eines im praktischen Rechtsleben, sei es noch wirklich vorkommenden, sei es schon abgestorbenen Insti-

[13] Vgl. S. 46. 53. Übrigens ist es nicht unmöglich, den befremdlichen Ausspruch des Paulus in l. 1 § 19 de A. P. 41, 2, wie es auch Bekker, Besitz S. 215 Anm. 1 thut, auf einen servus communis zu beziehen und zu beschränken, von dem in der vorangehenden Erörterung die Rede war, und vielleicht hatte der Jurist sogar geschrieben: servum tuum et Titii. Auf einen dem Jubenten allein gehörigen Sklaven bezogen, müßte man am Schlusse hinzudenken: sed nec Titio. (Aber nicht etwa, wie Bekker meint, in dem Sinne, daß der Tradent im Besitze verbliebe!) Das würde aber wieder nicht zu dem von Paulus in l. 1 § 20 i. fi. eod. geltendgemachten, allerdings höchst anfechtbaren, Argumente stimmen. Vom gemeinschaftlichen Sklaven verstanden, müßte man in Gedanken ergänzen: sed Titio, und Paulus würde so wenigstens mit sich selbst im Einklang stehen.

[14] Sed si unius domini iussu servus fuerit stipulatus, licet antea dubitabatur, tamen post nostram decisionem res expedita est, ut illi tantum adquirat, qui hoc ei facere iussit.

tutes — als vielmehr um eine das Digestenwerk vorbereitende Festsetzung handelte, durch die den Kompilatoren eine Direktive hinsichtlich des aus den Juristenschriften auszuziehenden praktischen Rechtes für diese Frage im voraus gegeben war.

Als sicher darf ferner angenommen werden, daß keiner der klassischen Juristen auf den iussus Gewicht legte, wenn der Sklave nominatim für den anderen Herrn stipuliert oder mancipio empfangen hatte. Wie konnte denn jemand überhaupt darauf verfallen, den Jubenten das Eigentum oder die Klage erwerben zu lassen aus der auf die Person des anderen Herrn lautenden Manzipation oder Stipulation des gemeinschaftlichen Sklaven, — während es doch feststehender Rechtssatz war, daß aus der auf den Namen eines dritten gestellten Stipulation (oder Manzipation) des Sklaven sein Herr jedenfalls nicht erwerben kann,[15] auch nicht, wenn der Sklave iussu eius stipuliert hatte? Dagegen hätten in dem gleichen Falle bei formlosen Erwerbsgeschäften des gemeinschaftlichen Sklaven verschiedene Ansichten herrschen können, insbesondere wenn der Erwerb aus dem Vermögen des einen Herrn gemacht war, obwohl auch dies nicht sehr wahrscheinlich ist.

Damit ist natürlich nicht ausgeschlossen, daß in der nachklassischen Zeit mit dem Schwinden nicht allein des juristischen Formensinnes, sondern zugleich einer scharfen juristischen Auffassung, auch bei der Stipulation in unserem Falle Kontroversen entstehen konnten. Man hatte die Regel, daß der iussus der nominatio gleich gelte und demgemäß dem Jubenten allein durch die Stipulation des communis servus ebenso erworben werde, als hätte letzterer ihm nominatim stipuliert. Also — konnten die einen folgern — kann die nominatio des anderen Herrn keine Wirkung haben, sondern der Jubent erwirbt die Forderung, wie wenn der andere Herr bei der Stipulation nicht genannt wäre. Dagegen mochten andere meinen, da dem iussus dieselbe Bedeutung wie der nominatio zukomme, so sei, wenn iussus des einen und nominatio des andern zusammentreffe, die Wirkung dieselbe, wie wenn der Sklave auf die Namen beider Herren die Stipulation gestellt hätte; wobei man noch weiter darüber streiten konnte, ob beide zu gleichen Teilen oder pro parte dominica aus der Stipulation

---

[15] l. 30 h. t. l. 37 § 4 de A. R. D. 41, 1.

berechtigt würden. Daneben wäre dann noch die richtige Auffassung vertreten gewesen, daß einzig der in der Stipulation genannte Herr den Erwerb mache. Endlich konnte noch ein Zweifel über den Fall bestehen, wenn der Sklave, dem der eine Herr den iussus erteilt hatte, nicht auf den Namen des andern oder auch beider Herren, sondern schlechthin dominis suis hatte promittieren lassen. Dies mag wohl die durch ein augenscheinliches Mißverständnis der „antiqua sapientia" hervorgerufene — oder vielleicht etwa erst von Tribonian aus der klassischen Rechtslitteratur herausgelesene? — Streitfrage sein, um die es sich in l. 3 (2) C. cit. handelt.

Imp. Justinianus A. Juliano P. P. — Si duo vel plures communem servum habeant et unus ex his iussit, ut nomine suo servus ab aliquo stipuletur decem puta aureos vel aliam rem, ipse autem servus non eius nomine qui iussit, sed alicuius ex dominis suis mentionem fecit et nomine illius stipulatus est, inter antiquam sapientiam quaerebatur, cui adquiritur actio et lucrum, quod ex hac accidit causa, utrumne ei qui iussit, an ei cuius servus mentionem fecit, an ambobus. § 1. Cumque ex omni latere magna pars auctorum multum effudit tractatum, nobis verior eorum sententia videtur, qui domino qui iussit adferunt stipulationem et ei tantummodo adquiri dixerunt, quam aliorum, qui in alias opiniones deferuntur. Neque enim malignitati servorum indulgendum est, ut liceat eis domini iussione contempta sua libidine facere stipulationem et ad alium dominum, qui eum forsitan corrupit, alienum lucrum transferre: quod neque ferendum est, si servus impius domino quidem qui iussit minime obediendum existimaverit, alii autem, qui forsitan ignorat et nescit, repentinum adducit solatium. § 2. Quod enim saepe apud antiquos dicebatur iussionem domini non esse absimilem nominationi, tunc debet obtinere, cum servus iussus ab uno ex dominis stipulationem facere sine nomine stipulatus est: tunc etenim soli ei adquiri qui iussit; sin autem expresserit alium dominum, soli illi necesse est ad-

quisitionem celebrari: multo etenim amplius oportet valere dominici nominis mentionem quam herilem iussionem. D. XV kal. Dec. (a. 530.)

In welchem Sinne ist nun aber die angebliche Kontroverse entschieden, was bestimmt überhaupt Justinians Verordnung? Man hat sich, wie es scheint, mit der Beantwortung dieser Frage viel vergebliche Mühe gemacht.[16] Denn die Konstitution ist nicht bloß so verworren ja unlogisch disponiert, sondern ihrem Wortlaute nach geradezu so unsinnig, daß sich der Gedanke des Gesetzgebers nur von ferne erraten läßt. Es dürfte sich kaum eine andere Konstitution Justinians finden lassen, die in gleichem Grade gedankenlos, fast wie im Traume niedergeschrieben ist. Hinsichtlich des Falles — sagt der Gesetzgeber —, wenn der gemeinschaftliche Sklave, der von dem einen Herrn den Befehl erhalten hatte, für ihn (nomine suo) zu stipulieren, auf den Namen des anderen Herrn die Stipulation stellt, herrsche bei den älteren Juristen die Kontroverse, ob allein der Jubent oder der genannte Herr oder beide die Forderung erwerben. Richtiger scheine die Meinung, daß einzig dem Jubenten der Erwerb zufalle. Wenn nämlich in der früheren Jurisprudenz der iussus der nominatio in der Wirkung gleichgestellt wird, so dürfe dies nur in dem Falle gelten, wenn der Sklave ohne Nennung des Herrn sich hat promittieren lassen, nicht aber wenn er auf den Namen des anderen Herrn die Stipulation gestellt hat. Letzternfalls könne einzig der genannte Herr den Erwerb machen, da die nominatio mehr Wirkung haben müsse, als der

[16] So schon die Glosse, über welche die Späteren nicht hinausgekommen sind. Großen Beifall hat dann gefunden, ja ziemlich allgemein angenommen ist die subtile Unterscheidung, die Azo, summa in Cod. ad h. l. aufgestellt hat. Danach soll, wenn der eine Herr den iussus erteilt hatte, ausdrücklich auf seinen Namen zu stipulieren, auch dieser trotz der nominatio des anderen erwerben, während wenn der iussus einfach darauf gerichtet war, überhaupt die Stipulation abzuschließen, die nominatio ihm vorgehen soll. (So u. a. auch Cujacius, Donellus, Wissenbach in ihren Kommentaren zum Codex ad h. t. Hotomanus ad h. l. in Schol. in LXX tit. Opp. II, 2. p. 470. Vinnius comm. ad § 3 J. cit. O. Goeschen diss. cit. p. 47. Ich selbst habe ebenfalls diese Ansicht in meiner Schrift über die Novation, S. 191, geteilt.) Daß diese Unterscheidung in die Stelle hineingetragen wird, liegt auf der Hand. Aber es bedarf auch nach den Ausführungen im Texte kaum noch eines weiteren Nachweises, daß sie innerlich unhaltbar ist. Wir haben es bei ihr lediglich mit einer doktrinären Klügelei zu thun, die den praktischen Zweck des iussus unbeachtet läßt.

bloße iussus. So weit Justinian. Es ist klar, daß seine letzte Entscheidung das genaue Gegenteil der vorangehenden ausspricht; und da sie in Gestalt einer näheren Begründung oder Rechtfertigung eben dieser auftritt, so bietet sich uns nur folgende Alternative: Entweder der Gesetzgeber befand sich in einem solchen geistigen Zustande, daß er beim zweiten Satze bereits vergessen, was er im ersten gesagt hatte; — oder die Kompilatoren haben bei Einreihung dieser Dezision in den Kodex ein Stück derselben unbedachtsamerweise weggeschnitten. Übrigens scheint auch in der Einleitung der Konstitution im Satze: „ipse autem servus non eius nomine qui iussit, sed alicuius [alius cuius? alterius?] ex dominis suis mentionem fecit et nomine illius stipulatus est" der Text nicht ganz in Ordnung zu sein. Krüger will mit Haloander das Wort nomine hinter „eius" streichen. Ich möchte eher annehmen, das hinter „sed" der Satz: „sine nomine stipulatus est vel" ausgefallen ist.

Was hat nun aber Justinian bestimmen wollen? Ich glaube zweierlei. Nämlich 1. sollte die noch als fortbestehend vorausgesetzte Streitfrage über die Bedeutung des iussus überhaupt im Sinne der Sabinianer entschieden werden. 2. Es sollte der nominatio entscheidende Bedeutung zugesprochen werden, so daß im Falle der Kollision mit dem iussus letzterer zurücktreten und der Erwerb einzig dem in der Stipulation genannten Herrn zufallen müßte. Damit hätte nun aber seine Konstitution nichts anderes festgesetzt, als was bereits zur Zeit der späteren Klassiker als geltendes Recht anerkannt war.

§ 4. Erwerb für den einen Herrn ohne nominatio oder iussus.

Hätte man den Grundsatz, daß der gemeinschaftliche Sklave nur nach Verhältnis der Eigentumsanteile seinen Herren erwerbe, daß er hinsichtlich der Eigentumsquote des anderen Herrn wie ein servus alienus zu behandeln sei, strenge durchgeführt, so hätten nicht allein manche Erwerbsgeschäfte des Sklaven bloß eine teilweise Wirkung gehabt, sondern ein Erwerb durch einen solchen Sklaven wäre in manchen Fällen überhaupt unmöglich gewesen. So wird denn jener Grundsatz eingeschränkt durch die Regel: „Quotiens communis servus omnibus adquirere non

potest, ei soli adquirit cui potest",[1] oder, wie sie in anderer Fassung lautet: „quod alteri ex dominis adquiri non potest, solidum alteri adquiritur".[2] Kann der eine Herr aus dem Erwerbsgeschäft des Sklaven nicht erwerben, so tritt die Wirkung des Erwerbsgeschäftes ganz, nicht bloß pro parte dominica, in der Person des anderen Herrn ein. Es ist dies eine Regel, welche schon von den vor Entstehung des Schulgegensatzes lebenden Juristen aufgestellt zu sein scheint.[3] Wenigstens berichtet Marcellus in l. 12 de auct. tut. 26, 8:

> Quodcumque ad omnes dominos non potest pertinere id pro solido ad eum, cui adquiri potest, pertinere veteres comprobaverunt. (Marc. ap. Jul. l. 21 Dig.)

Wir finden auch nicht, daß dieser Satz jemals in Zweifel gezogen wäre; er scheint in beiden Rechtsschulen gleichmäßig Anerkennung gefunden zu haben.

Jedenfalls sind es praktische Rücksichten gewesen, welche zu diesem Rechtssatze geführt haben, wie sich bei der Betrachtung der einzelnen Anwendungsfälle zeigen wird. Er ist nicht das Ergebnis einer rein logischen Entwickelung des am gemeinschaftlichen Sklaven bestehenden Rechtsverhältnisses, beruht also nicht auf sog. begrifflicher Notwendigkeit. Einer innerlichen Begründung dieses Rechtssatzes sind wir somit überhoben. Eine andere Frage ist aber, wie man den alleinigen Erwerb des einen Herrn juristisch zu konstruieren, d. h. in welcher Weise man sich jenen Satz zurechtzulegen hat, um ihn mit dem den Sklavenerwerb überhaupt beherrschenden Prinzip, insbesondere mit dem Grundsatz, daß der gemeinschaftliche Sklave den Herren pro dominica portione erwerbe, in Einklang zu setzen. Da wird man nicht hinauskommen können über die Denkform, deren sich Julian in l. 1 § 4 h. t. bedient:

> persona servi communis eius condicionis est, ut in eo quod alter ex dominis potest adquirere, alter

[1] Ulp. l. 23 § 3 de A. R. D. 41, 1. vgl. Scaev. l. 19 h. t. (45, 3.)

[2] § 3 J. de stip. serv. 3, 17. Noch eine andere Formulierung s. in l. 9 pr. h. t. (Ulp.) Anm. 7.

[3] Ulpian führt die Regel irrtümlich auf Julian zurück. l. 7 § 1 h. t. vgl. l. 23 § 3 cit. (Hier bezieht sich nämlich der Schlußsatz: et hoc Julianum . . einzig auf den unmittelbar vorhergehenden Satz, der nicht etwa in Parenthese zu stellen ist. Vgl. unten § 12 III. c.)

non potest, perinde habeatur ac si eius solius esset, cui adquirendi facultatem habeat.

Es ist so anzusehen, als ob der gemeinschaftliche Sklave dem Herrn, für den der Erwerb allein möglich ist, auch allein gehörte. Mithin dieselbe Auffassung, die auch beim Erwerbe für den allein genannten Herrn (S. 76) und für den Jubenten (S. 89) sich darbietet. Ja man könnte sagen, daß hier das Erwerbsgeschäft so behandelt werden müsse, als wäre es auf den Namen des Herrn, der allein den Erwerb daraus machen kann, vorgenommen. Daß aber überhaupt für den einen Herrn allein erworben werden kann, gründet sich schließlich darauf, daß jedem Herrn die ganze potestas, nicht bloß ein Bruchteil derselben zusteht. Gänzlich verkehrt ist jedoch die uns mitunter bei den Neueren begegnende Auffassung, als ob die Beschränkung des Erwerbes auf die Person des ausdrücklich genannten Herrn oder gar des Jubenten bloß eine besondere Anwendung unseres in Rede stehenden Rechtssatzes enthielte.[4] Unverfänglich ist auch die Wendung, der wir uns öfters bedient haben, daß der gemeinschaftliche Sklave hier wie dort nur in seiner Eigenschaft als Sklave des einen Herrn das Erwerbsgeschäft vollziehe. Nahe berührt sich damit die Formulierung Julians: Communis servus duorum servorum personam sustinet.[5] Jedenfalls darf man aber hierin nicht eine den Erwerb des gemeinschaftlichen Sklaven bestimmende allgemeine Regel ausgesprochen finden.[6]

Unser Rechtssatz kommt zur Anwendung gleichviel, ob der Sklave ausdrücklich für seine Herren oder schlechthin das Erwerbsgeschäft vorgenommen hat, insbesondere ob er dominis suis oder sibi hat promittieren oder manzipieren lassen. Diejenigen Herren, für welche der Erwerb möglich ist, erwerben

---

[4] Dafür darf man sich auch nicht berufen auf l. 25 § 3 de usufr. 7, 1. (Ulp. Jul.)

[5] l. 1 § 4 h. t. Eine andere Fassung in l. 81 § 1 de leg. I: in hanc causam servus communis quasi duo servi sunt. (Jul.) Vgl. oben S. 9. 20.

[6] Wie es Mühlenbruch im Komm. T. 39 S. 203 thut. Dann würden ja auch die Herren grundsätzlich zu gleichen Teilen, nicht pro dominica portione erwerben müssen. Ferner würde diese Auffassung auch nicht im Einklang stehen mit dem bekannten Grundprinzip: Servus communis sic omnium est non quasi singulorum totus, sed pro partibus utique indivisis. Ulp. l. 5 h. t. Vgl. übrigens auch l. 9 pr. de pact. 2, 14 (Paul.): difficile est, ut unus homo duorum vicem sustineat. Weit vorsichtiger drückt sich Julian in l. 81 § 1 cit. (Anm. 5) aus.

hier nach Verhältnis ihrer Eigentumsanteile. Ebenso gewiß ist, daß er nicht platzgreift, wenn nominatim für einen Herrn das Rechtsgeschäft eingegangen ist und dieser den Erwerb daraus nicht machen kann. Wie nun aber, wenn auf den Namen aller Herren oder einiger von diesen der Erwerbsakt gestellt ist, aus dem einer der Genannten nicht erwerben kann? Selbstverständlich kann für den nicht genannten Herrn kein Erwerb stattfinden. Daß aber auch hier dem genannten Herrn, der allein zu erwerben vermag, der Erwerb ganz zufällt, wird, wenigstens für die Stipulation, in l. 9 pr. h. t.[7] noch ausdrücklich hervorgehoben. Hier würde allerdings die Julianische Formel, daß der Sklave als dem erwerbsfähigen Herrn allein gehörig angesehen wird, nicht zutreffend sein. Denn nach ihr müßten wir doch das Rechtsgeschäft dann ebenso behandeln, als wäre es vom Sklaven für seinen einzigen Herrn und für einen dritten eingegangen. Demgemäß würde die Stipulation nach der Lehre der Sabinianer allerdings in universum valere und jenem Herrn solidum deberi, gleich als wenn der Herr, für den der Erwerb nicht möglich ist, nicht genannt wäre.[8] Nach der später rezipierten Ansicht der Proculianer aber könnte dieser Herr aus ihr — und ebenso im Falle der Manzipation auch nach der sabinianischen Meinung[9] — bloß einen Teil erwerben, während der Rechtsakt zum anderen Teile inutilis wäre; wobei sich nur darüber streiten ließe, ob dieser Teil als pars virilis oder als pars dominica bestimmt werden müßte. Von einer solchen Auffassung findet sich aber keine Spur in den Quellen; die Konstruktion Julians läßt uns hier im Stiche.

---

[7] Ulp. — sed si stipulatus sit '*Maevio et Titio dari spondes*'? totum eum (sc. servum) Maevio adquirit: quod enim alteri ex dominis adquirere non potest, id ad eum, qui ad obligationem admittitur, pertinet. Ob der Sklave außerdem noch einen dritten Herrn hat, kann natürlich keinen Unterschied machen.

[8] Gaius III, § 103. § 4 J. de inut. stip. 3, 19. Übrigens scheint es, daß eine rechte Schulkontroverse zu Gajus Zeit doch nicht mehr bestand. Denn Pomponius l. 110 pr. de V. O. 45, 1 und Julian l. 56 pr. eod. (vgl. l. 79 de leg. I. Ulp. l. 38 § 19 de V. O.), vertreten entschieden die Meinung der Proculianer. Von einer Interpolation enthalten die angeführten Stellen keine Spur.

[9] Jul. l. 37 § 4 de A. R. D. 41, 1. Beim Kauf haben wohl auch die Proculianer den dritten als nicht mitgenannt behandelt; jedenfalls konnte es sich hier nur um die Frage handeln, ob der Vertrag in vollem Umfange bestehe oder ganz ungiltig sei. (Javol. l. 64 de C. E. 18, 1 wird schwerlich von einem Manzipationskauf verstanden werden können.)

Es würde sich noch fragen, wie man die Wirkung der Stipulation oder überhaupt des Erwerbsgeschäftes beurteilte, wenn es iussu desjenigen Herrn, für den selbst der Erwerb nicht stattfinden konnte, vorgenommen war. Nicht unmöglich, daß hierüber bei den Juristen, die dem iussus überhaupt selbständige Bedeutung beimaßen, Zweifel bestanden. Auf dem Standpunkte einer rein formalen und äußerlichen Auffassung mußte man allerdings die Richtigkeit des Rechtsgeschäftes annehmen „perinde atque si nominatim ei soli, qui iusserit, stipulatus esset servus mancipiove accepisset.“ Indessen jene Gleichstellung des iussus mit der nominatio betrifft doch immer nur die Frage, wer aus dem Rechtsgeschäfte des gemeinschaftlichen Sklaven den Erwerb mache. Sie würde mithin voraussetzen, daß abgesehen von dem iussus beide Herren erwerben könnten. Ist nun aber für den Jubenten selbst der Erwerb nicht möglich, so kann die Stipulation oder Manzipation (oder der sonstige Erwerbsakt), welche so wie sie lautet — anders als wenn sie auf den Namen jenes Herrn gestellt wäre — doch zweifellos formell und materiell giltig ist, nicht wohl aus dem Grunde für unwirksam erklärt werden, weil sie auf Geheiß jenes Herrn vollzogen ist. Es wird vielmehr der Erwerb ebenso erfolgen müssen „ac si nullius iussus intervenisset.“ Der iussus hat hier keine Bedeutung, da für den Jubenten ein Erwerb überhaupt nicht begründet werden konnte.[10]

Fassen wir nun die einzelnen Fälle näher ins Auge, in denen der Satz: „quod alteri dominorum adquiri non potest, alteri totum adquiritur“ zur Anwendung kommt.

I. Zunächst scheint er sich da von selbst zu ergeben — und er war hier vielleicht auch zuerst anerkannt — wo ohne ihn ein Erwerb durch das vom Sklaven eingegangene Rechtsgeschäft schlechterdings nicht hätte erfolgen können. So verhält es sich immer, wenn ein Erwerb pro parte überhaupt nicht möglich ist. Genau genommen müßte man sagen, daß diese Fälle außerhalb der Sphäre unseres Satzes liegen, da auch abgesehen vom ihm jeder Miteigentümer aus dem Erwerbsgeschäfte in solidum berechtigt werden würde, vorausgesetzt daß überhaupt ein Erwerb für seine Person möglich wäre.

[10] Dafür kann man sich auch auf l. 31 h. t. berufen. Hier zeigt sich übrigens, daß der Sklave, der iussu des einen Herrn den Erwerbsakt vornimmt, doch nicht als Stellvertreter desselben behandelt werden kann.

So, wenn der gemeinschaftliche Sklave eine Servitut stipuliert, während nur der eine Herr ein benachbartes Grundstück hat.

> l. 17 h. t. Pomp. l. 9 ad Sab. Si communis servus meus et tuus viam vel iter vel actum stipuletur sine adiectione nominis nostri, cum ego solus fundum vicinum habeam, soli mihi eam adquirit: quod et si tu fundum habeas, mihi quoque in solidum servitus adquiritur.

Da nur dem Herrn, der ein benachbartes Grundstück besitzt, und diesem auch nicht teilweise, die Servitut erworben werden kann, so erwirbt er sie natürlich ganz. Diesen Ausspruch auf unseren Rechtssatz zu gründen, daran denkt Pomponius auch gar nicht. Dem widerspräche auch der Schluß der Stelle, der allerdings Bedenken erregt. Emendiert man mit Mommsen si et für et si,[11] so wird man nicht umhin können, statt des folgenden mihi zu lesen tibi.[12] Indessen welche Trivialität wäre das! Hat bloß der eine Herr ein Grundstück, so erwirbt er allein; wenn aber auch der andere ein Grundstück hat, so erwirbt dieser ebenfalls ganz![13] Es liegt vielmehr gar kein Grund vor, von dem Texte der Florentina abzuweichen, und die Varianten sind nur auf Mißverständnis beruhende Konjekturen. Der Jurist will nämlich sagen: dem einen Herrn wird allein aus der Stipulation erworben, weil auch, wenn der andere ein Grundstück hat, doch ebenfalls ersterer in solidum erwirbt. M. a. W. für jeden Herrn tritt der Erwerb in solidum ein, vorausgesetzt, daß beide Grundstücke besitzen; ist für den einen der Erwerb unmöglich, weil er eben kein Grundstück hat, so kann dadurch offenbar der Erwerb des anderen nicht gehindert werden. Dabei ist nur befremdlich, daß der Promissor beiden Herren aus der Stipulation verpflichtet sein soll. Freilich, jeder hätte aus der Stipulation des Sklaven klagen können. Aber wenn es feststeht — und aus den der Stipulation vorangehenden Verhandlungen müßte es sich wohl regelmäßig ergeben —, wem und für welches Grundstück die

[11] So lesen übrigens schon Rob. Stephanus (1528) und Haloander (1529).

[12] So liest Stephanus; auch die Glosse bemerkt: alias „tibi“. In Vulgathandschriften wird noch gelesen „mihi et tibi quoque“, was übereinstimmt mit Basil. XLIII, 3, 16. (Tipuc.): ἑκατέρῳ εἰς ὁλόκληρον.

[13] An ein gemeinschaftliches Grundstück ist nicht zu denken; vgl. hierüber Marc. l. 2 de serv. leg. 33, 3. Paul. l. 19 de S. P. R. 8, 3.

Servitut bestellt werden sollte, so würde doch die Klage des einen Herrn mittelst exc. doli zurückgewiesen werden können.

Noch auffälliger ist die Deduktion in l. 7 § 1 h. t.

> Ulpian. l. 48 ad Sab. Interdum etiamsi neque iussu neque nominatim alteri ex dominis stipularetur, ei tamen soli adquirere eum Juliano placuit: ut puta si quid forte stipuletur, quod utrique adquiri non potest. Veluti servitutem ad fundum Cornelianum stipulatus est, qui fundus Sempronii erat alterius ex dominis: ei soli adquirit.

Man sollte doch meinen, daß, wenn der Sklave die Bestellung einer Servitut ausdrücklich für ein bestimmtes Grundstück stipuliert, es selbstverständlich wäre, daß einzig dem Eigentümer des letzteren und diesem ganz die Forderung erworben wird. Dennoch führt Ulpian (ob auch Julian?) dies auf unseren Satz zurück, so daß, wenn er nicht anerkannt wäre, ein Erwerb für jenen Eigentümer überhaupt nicht stattfinden könnte. Offenbar argumentiert er folgendermaßen: Durch einen fremden Sklaven kann man für sein Grundstück keine Servitut erwerben, der communis servus ist aber partim alienus, so daß man regelmäßig durch ihn nur pro parte erwerben kann; nominatim dem einen Herrn oder iussu desselben hat er doch aber nicht stipuliert. Allerdings eine formalistische Auffassung der Stipulation; denn da in ihr das Grundstück selbst bezeichnet ist, für welches die Servitut bestellt werden soll, so muß es doch ebenso angesehen werden, als ob sie auf den Namen des Herrn, dem dieses Grundstück gehört, lautete, zumal sie impersonaliter (nicht mihi dari) gefaßt ist.

Nicht anders verhält es sich in allen Fällen, wo eine unteilbare Leistung, die nur an den einen Herrn erfolgen kann, den Gegenstand des vom gemeinschaftlichen Sklaven eingegangenen Rechtsgeschäftes bildet. So, wenn er die Errichtung eines Bauwerkes auf dem Platze eines der Herren promittieren läßt, oder hinsichtlich der diesem gehörigen Sache eine operis locatio abschließt. Ebenso wenn er eine Schuld des einen Herrn an den Prokurator des Gläubigers zahlt und sich vom Empfänger de rato kavieren läßt. Hier wie dort würde für den anderen Herrn schon wegen mangelnden Interesses keine Forderung begründet werden. Ferner aber auch, wenn er sich cautio damni infecti stellen läßt, während nur der eine Herr kautionsberechtigt ist; oder wenn er von dem

Freigelassenen eines seiner Herren operae officiales stipuliert: und überhaupt überall, wo die Stipulation bloß für den einen Herrn Sinn und Bedeutung hat, müßte, schon ganz abgesehen von unserem Rechtssatze, dieser in solidum berechtigt werden. Nicht ganz so steht es in dem Anwendungsfalle, den l. 8 h. t. enthält. Dem Sklaven wird dotis nomine promittiert, indem der eine der Herren eine Ehe einzugehen im Begriffe ist. Daß hier für den anderen Herrn keine Forderung entstehen kann, ist namentlich dann evident, wenn es die zukünftige Frau selbst ist, die promittiert. Möglich wäre es doch aber hier an sich immer, daß der erstere Herr bloß zu seinem Eigentumsanteile eine Forderung erwürbe, wenn nicht unser Rechtssatz gelten würde.

II. Die Sache, welche der Sklave von einem dritten sich promittieren läßt, gehört dem einen der Herren. Hier erwirbt der andere Herr allein die Forderung auf das Ganze und dies gilt auch dann, wenn die Stipulation ausdrücklich auf den Namen beider Herren gestellt war.[14] Dem entspricht vollkommen Papinians Entscheidung des Falles, wenn den Gegenstand der Stipulation der dem anderen Herrn am Sklaven selber zustehende Eigentumsanteil bildet, in l. 18 § 1 h. t.:[15] — si simpliciter concepta est stipulatio, veluti: '*partem eam quae Maevii est dare spondes*'? non adiecto verbo 'mihi,' prope est, ut, quia sine vitio concepta est stipulatio, sequatur eius personam, cuius potest.

Die Quellen handeln nur von der Stipulation; dieselbe Entscheidung wird aber zweifellos auch beim Kauf und bei der Miete der einem der Herren gehörigen Sache durch den gemeinschaftlichen Sklaven und beim Vermächtnis einer solchen Sache an ihn platzgreifen müssen.

Unser Grundsatz kann aber nicht Anwendung finden, wenn der servus communis mit einem der Herren das Erwerbsgeschäft eingeht, also die diesem gehörige Sache von ihm selber stipuliert, kauft, sich tradieren oder manzipieren läßt. Dann tritt ein Erwerb für den anderen Herrn immer nur zu seiner Eigentumsquote ein, es sei denn, daß der Erwerbsakt auf seinen Namen

---

[14] Ulp. l. 9 pr. h. t. Si servus duorum Titii et Maevii hominem, qui Titii erat, stipulatus fuerit, ei soli adquirit, cuius non fuit. Vgl. Anm. 7. § 3 J. de stip. serv. 3, 17.

[15] S. oben S. 86 Anm. 28.

gestellt oder auf seinen Befehl vorgenommen ist. Der Grund dieser abweichenden Behandlung ist einleuchtend. Da niemand mit sich selbst ein Erwerbsgeschäft eingehen kann, so ist das vom gemeinschaftlichen Sklaven mit dem einen Herrn eingegangene zu dem Teile ein ganz nichtiger Akt, zu welchem dieser selbst daraus berechtigt werden, d. h. eine Forderung für sich begründen, ein Recht auf sich übertragen würde. (Vgl. oben S. 26. 31.)

III. Der dem einen Herrn allein gehörige Sklave läßt sich von einem dritten eine Leistung an den gemeinschaftlichen Sklaven promittieren. Da dieser „partim proprius partim alienus" ist, so ist die Stipulation ebenso zu beurteilen, wie wenn die Leistung zugleich einem dem Herrn des Stipulators gehörigen und einem fremden Sklaven stipuliert wäre.[16] So ergiebt sich denn, daß der andere Herr des servus communis aus der Stipulation jedenfalls nicht erwerben kann. Was aber den Herrn des stipulierenden Sklaven selbst anbetrifft, so würde, wie es scheint, die Entscheidung auf die bekannte Streitfrage der Rechtsschulen über die Wirkung der Stipulation „sibi et Titio" hinauskommen. Also nach der Meinung der Proculianer könnte dieser Herr aus der Stipulation nur zu seinem Eigentumsanteile am servus communis erwerben, während die Auffassung der Sabinianer dazu führen müßte, ihn ganz erwerben zu lassen. Im letzteren Sinne entscheidet nun auch in der That Julian, aber seine Begründung ist eine wesentlich verschiedene.

> l. 1 § 4 h. t. Communis servus duorum servorum personam sustinet; idcirco si proprius meus servus communi meo et tuo servo stipulatus fuerit, idem iuris erit in hac una conceptione verborum, quod futurum esset, si separatim duae stipulationes conceptae fuissent, altera in personam mei servi, altera in personam tui servi; neque existimare debemus partem dimidiam tantum mihi adquiri, partem nullius esse momenti: quia persona servi communis eius condicionis est, ut in eo, quod alter ex dominis potest adquirere alter non potest, perinde habeatur

---

[16] l. 1 § 3 h. t. Jul. Quod servus meus meo servo dari stipulatur id perinde haberi debet, ac si mihi stipuletur; item quod tuo servo stipulatur, perinde ac si tibi stipulatus esset: ut altera stipulatio obligationem pariat, altera nullius momenti sit.

ac si eius solius esset, cui adquirendi facultatem habeat.

Nehmen wir an, um uns diese Deduktion an einem Beispiel zu veranschaulichen, daß der Sklave Stichus dem Titius und Mävius zu gleichen Teilen gehöre. Der eigene Sklave des Titius stipuliert nun: decem Sticho dari. Diese eine Stipulation soll so beurteilt werden, als ob zwei besondere Stipulationen eingegangen wären. Aber wie denkt sich Julian dies? Meint er vielleicht getrennte Stipulationen? und dann, worauf sollen diese gerichtet sein? Machen wir die Probe. Der dem Titius allein gehörige Sklave stipuliert erstens: „(Sticho) servo Titii quinque dari spondes?" und zweitens: „(Sticho) servo Maevii quinque dari spondes?" Dann wäre es doch aber handgreiflich, daß Titius immer nur eine Forderung auf 5 erwerben könnte. Also setzen wir den Fall, daß jede dieser Stipulationen auf decem dari gerichtet ist. Daß hier Titius eine Forderung auf die ganze Summe von 10 erwerben würde, dies zu bezweifeln, könnte allerdings niemand in den Sinn kommen. Aber was soll denn bei dieser Auffassung noch die ganze weitere Ausführung des Juristen, in der er das Bedenken, daß Titius nur zur Hälfte erwerben könnte, damit zurückweist, daß der gemeinschaftliche Sklave in diesem Falle als dem Titius allein gehörig angesehen werden müsse? Es bleibt somit nur die Annahme übrig, daß Julian an eine Stipulation dachte, wie: „(Sticho) servo Titii et (Sticho) servo Maevii decem dare spondes?" obwohl man freilich hier wieder nicht von duae stipulationes separatim conceptae sprechen könnte. Jedenfalls könnte nun aber hier vom Standpunkte der Sabinianer überhaupt nicht das Bedenken: „partem dimidiam tantum Titio adquiri, partem nullius esse momenti" geltend gemacht und in der Weise, wie es geschieht, beseitigt werden. Streng logisch wäre somit die Argumentation Julians nicht zu nennen, wenn man nicht voraussetzen will, daß er den hier in Betracht kommenden Lehrsatz der sabinianischen Schule verwarf.[17] Vom Standpunkte der proculianischen und zugleich justinianischen Auffassung läßt sie sich besser rechtfertigen. Wenn nämlich ein Sklave eine Leistung zugleich für einen Mitsklaven und für den Sklaven eines dritten

---

[17] Vgl. oben S. 101 Anm. 8.

stipuliert, so erwirbt der Herr nur zur Hälfte. Der gemeinschaftliche Sklave aber, für den promittiert worden ist, ist zu einem Teile Mitsklave, zum anderen fremder Sklave. Demnach würde die Stipulation eben dieselbe Wirkung haben müssen, daß einzig der Herr des Stipulators und zwar nur zu dem Teile erwirbt, der ihm an dem gemeinschaftlichen Sklaven zukommt. Hier greift nun aber der andere Rechtssatz ein: quod alter ex dominis adquirere non potest, alter totum adquirit.

Übrigens darf man bei alledem nicht übersehen, daß der in Rede stehende Fall von den übrigen, in denen dieser Rechtssatz zur Anwendung kommt, seiner juristischen Natur nach doch erheblich abweichend gestaltet ist. Zunächst haben wir es hier nicht mit einem von dem gemeinschaftlichen Sklaven, sondern mit einem von dem servus proprius vorgenommenen Rechtsgeschäfte, aus welchem der Herr erwerben soll, zu thun. Sodann: sonst handelt es sich immer um einen an sich giltigen Rechtsakt, bei dem es sich nur fragt, ob und wie weit jeder Herr daraus erwerbe. Denken wir uns den Sklaven, der das Rechtsgeschäft eingegangen ist, als Freien (etwa als bona fide serviens, vorausgesetzt, daß der Erwerb nicht ex re des Besitzers gemacht wird), so würde er selbst in solidum berechtigt werden. Und so kann man denn auch sagen: wenn der eine Herr des gemeinschaftlichen Sklaven den Erwerb nicht machen kann, so fällt er ganz dem anderen Herrn zu. Hier aber ist die Stipulation, da „alteri stipulari nemo potest," von Anfang an zu einem Teile nichtig. Nämlich nur weil und soweit derjenige, auf dessen Namen stipuliert war, Sklave des Herrn des Stipulators ist, hat die Stipulation überhaupt Giltigkeit. Es würde also aus unserem Rechtssatze: „si servus communis alteri ex dominis adquirere non potest, alteri solidum adquirit" noch keinesweges folgen, daß, wenn die Stipulation auf den gemeinschaftlichen Sklaven gestellt ist, nun dem Herrn des stipulierenden Sklaven die ganze Forderung erworben werde. Man könnte vielmehr dabei stehen bleiben, daß dem gemeinschaftlichen Sklaven in seiner Eigenschaft als proprius servus giltig, in seiner Eigenschaft als alienus servus ungiltig stipuliert sei und daß somit der Herr des Stipulators auch nur pro parte dominica berechtigt werde.

Indessen diese subtile Unterscheidung haben die römischen Juristen nicht gemacht, und mit vollem Rechte. Denn, gleichviel

aus welchem Grunde der proprius servus gerade für den servus communis und nicht für sich selber oder für seinen Herrn stipuliert hat, es wäre hier doch ungerechtfertigt, eine Verpflichtung des Promissors nur auf einen Teil der versprochenen Leistung entstehen und ihn zu dem anderen Teile frei ausgehen zu lassen. Da der andere Herr nach der Regel „alteri stipulari nemo potest“ aus der Stipulation nicht erwerben kann, so erscheint es angemessen, auch hier unseren Rechtssatz zur Anwendung zu bringen und dem Eigentümer des stipulierenden Sklaven den Erwerb ganz zuzusprechen. Dies wird einleuchten, wenn man in Betracht zieht, daß der Sklave doch nicht der bloßen Abwechslung halber bald sich selbst (oder für seinen Herrn), bald für einen Mitsklaven promittieren läßt, sondern daß er mit der letzteren Stipulation einen bestimmten praktischen Zweck verfolgt: nämlich den, daß der Schuldner diesem Sklaven, den wir uns regelmäßig im Besitze eines Pekulium denken müssen, die Leistung machen soll, wenngleich natürlich die Forderung dem Herrn erworben wird.[18] Die Veranlassung zu einer solchen Stipulation wird meistens darin liegen, daß ein (Pekuliar-) Rechtsverhältnis zwischen beiden Sklaven besteht; so insbesondere wenn der stipulierende Sklave selbst Schuldner des anderen ist oder im Auftrage des letzteren handelt. So verhält es sich nun auch in dem uns vorliegenden Falle. Der dem einen Herrn gehörige Sklave schuldet dem servus communis etwa aus einem Darlehn; er giebt nun dem dritten selbst ein Darlehn oder verkauft ihm eine Sache und läßt sich die Zahlung der Darlehnssumme oder des Kaufpreises an den servus communis, als seinen Gläubiger, promittieren. Oder dieser hat ihm den Auftrag erteilt, für seine Rechnung und auf seinen Namen dem dritten ein Darlehn zu geben, oder für ihn eine Pekuliarsache zu verkaufen, zu vermieten, oder auch eine Sache ihm für das hingegebene Geld zu kaufen, und die Stipulation der dargeliehenen Summe, des Kaufpreises, des Mietzinses, der gekauften Sache selber wird nun — was freilich nicht juristisch korrekt ist — auf ihn, den gemeinschaftlichen Sklaven, gestellt.

Das Rechtsverhältnis gestaltet sich hier überall ganz klar und einfach, wenn man dem Herrn des stipulierenden Sklaven

[18] Vgl. S. 76 Anm. 5.

die Klage auf das Ganze gewährt. Wenn und insoweit die Forderung ex re des Miteigentümers (bezw. aus dem Pekulium, das der gemeinschaftliche Sklave bei diesem hat), erworben ist, kann dieser mittels act. communi dividundo zu dem Seinigen kommen. Läßt man dagegen den Schuldner aus der Stipulation dem Herrn jenes Sklaven nur pro parte dominica verpflichtet werden, so wird die Rechtslage gleich eine ziemlich verwickelte. Im ersten der vorhin gesetzten Fälle wäre er zu dem einen Teile auf die Darlehnsklage, zu dem andern (pro parte dominica) auf die Klage aus der Stipulation verwiesen; im zweiten müßte er, Novation der Kaufgeldforderung vorausgesetzt, auf den einen Teil des Kaufpreises ex stipulatu, auf den andern mit der act. venditi klagen. Im dritten Falle hätte er selbst pro parte dominica die Klage aus der Stipulation, der Miteigentümer auf den andern Teil der Summe die Darlehnsklage. In den übrigen Fällen wird die Sache noch komplizierter. Man hätte da vielleicht zu der Unterscheidung gedrängt werden können, ob der Sklave in eigenem Namen oder im Namen des servus communis den Kaufvertrag oder Mietvertrag geschlossen hat, bei welchem die Zahlung des Kaufpreises oder Mietzinses bezw. die Leistung der Sache dem letzteren stipuliert worden ist. Ersterenfalls würde dem Herrn zu seinem Eigentumsanteile die Klage aus der Stipulation, zu dem andern Teile die act. empti venditi bezw. locati zustehen, vorausgesetzt, daß eine — hier natürlich nur pro parte wirksame — Novation der Forderung aus dem Kontrakt angenommen werden darf; sonst hätte er die act. ex stipulatu pro parte accessorisch neben der ihm in solidum zuständigen Kontraktsklage. Letzterenfalls könnte für den Herrn immer nur auf einen und denselben Teil eine Forderung aus dem Kauf- oder Mietvertrag oder aus der Stipulation hervorgehen; während hinsichtlich des anderen Teiles eine Verbindlichkeit durch den Vertrag überhaupt nicht begründet werden würde, da in Beziehung auf die pars dominica des Miteigentümers das Rechtsgeschäft, emptio venditio und locatio sowohl wie Stipulation, nichtig wäre.[19]

Es bedarf wohl kaum noch des Beweises, daß eine solche

---

[19] Dabei könnte man freilich wieder mit dem in l. 64 de C. E. 18, 1 (s. Anm. 9) ausgesprochenen Satze in Widerspruch geraten.

Gestaltung des Rechtsverhältnisses, die leicht unentwirrbar werden könnte, praktisch ganz unerträglich ist, und daß die römischen Juristen guten Grund hatten, in durchgreifender Anwendung des Rechtssatzes: „quod alteri ex dominis adquiri non potest, alteri soli adquiritur" dem einen Herrn den Erwerb ganz zuzusprechen.

Einen dem bisher erörterten ganz gleichartigen Anwendungsfall dieses Rechtssatzes enthält l. 28 § 2 h. t.

> Gaius l. 3 de V. O. Si ipsi domini singuli eadem decem servo communi dari fuerint stipulati et semel responsum secutum fuerit, duo rei stipulandi erunt, cum placeat dominum servo dari stipulari posse.

Der Herr kann nur seinem eigenen, nicht einem fremden Sklaven stipulieren. Zu dem Eigentumsanteil des anderen Herrn wäre somit die Stipulation wirkungslos; da aber auch dieser aus ihr nicht erwerben könnte, so wird der stipulierende Herr in solidum berechtigt. Da nun beide Herren sich die Leistung eines und desselben Gegenstandes an den gemeinschaftlichen Sklaven zugleich haben promittieren lassen, so werden sie Korrealgläubiger, so als ob jeder für sich selbst oder der Sklave für jeden der Herren stipuliert hätte. Offenbar haben wir es hier nur mit einem für die Schule ausgedachten Falle zu thun; denn welchem praktischen Zwecke eine so absonderliche Stipulation dienen sollte, läßt sich nicht absehen.[20]

IV. Wenn durch positive Rechtsvorschrift der Erwerb für den einen Herrn des Sklaven ausgeschlossen ist, fällt er ganz dem anderen Herren zu.

a) Hierher gehört zunächst die Entscheidung in l. 12 de auct. tut. 26, 8.

> Julian. l. 21 Digest. — Si servus communis tuus et Titii a pupilla tua te auctore aliquam rem per traditionem [mancipio] acceperit, tota ad Titium pertinebit.[21]

Ein Erwerb für den Vormund kann hier nicht stattfinden, da er in rem suam auctor fieri non potest; daher erwirbt der andere Herr des Sklaven das Eigentum der letzterem über-

---

[20] Da wäre auch nicht zutreffend, was S. 76 Anm. 5 über die Stipulation des Herrn für den Sklaven bemerkt worden ist. Vgl. § 2. III.

[21] Den Schluß der Stelle (die Note des Marcellus) s. auf S. 99.

tragenen Sache allein. Dies gilt nicht bloß für jedes Veräußerungsgeschäft, sondern auch für alle Verpflichtungsakte, insbesondere also für die promissio an den servus communis. Daß nun der Erwerb des Ganzen für den anderen Herrn des Sklaven auf „begrifflicher Notwendigkeit" beruhe, wird man auch hier nicht behaupten können. Hinsichtlich seines eigenen Anteiles am Sklaven hat Titius die auctoritas unwirksam, hinsichtlich des fremden Anteiles wirksam erteilt; mithin würde das Rechtsgeschäft auch nur, soweit es den Anteil des anderen Herrn betrifft, Wirkung haben, also ein Erwerb für diesen nur pro parte eintreten können.

Und in der That, wenn wir an den Fall einer schenkungshalber an den gemeinschaftlichen Sklaven, der kein Pekulium besitzt, vollzogenen Eigentumsübertragung oder Promission denken, so würde es sich umgekehrt a priori kaum rechtfertigen lassen, daß der andere Miteigentümer den Erwerb ganz machen sollte. Ganz anders steht es aber auch hier wiederum, wenn wir davon ausgehen, daß regelmäßig zwischen dem Pupillen und dem servus communis bereits ein Rechtsverhältnis bestehen wird, welches die causa des Veräußerungsgeschäftes oder der Stipulation bildet, und insbesondere wenn wir uns den Sklaven als Besitzer eines Pekulium denken, so daß jenes zu Grunde liegende Rechtsverhältnis ein pekuliares ist. So z. B. wenn der Pupill die tradierte oder manzipierte Sache dem Sklaven aus einem Kaufvertrage oder einer Stipulation — die vielleicht schon von seinem Erblasser eingegangen waren — schuldete; wenn sie in solutum gegeben wird, etwa zur Tilgung einer Darlehnsschuld; wenn er den von ihm geschuldeten Kaufpreis promittiert; wenn er mit dem Sklaven eine Sache getauscht hat; wenn es sich um eine Vermächtnisschuld handelt u. dgl. m. Es liegt auf der Hand, daß ein Erwerb des anderen Herrn des Sklaven bloß zu dem seiner Eigentumsquote entsprechenden Teile, indem für den Tutor etwa eine Forderung zu seinem Anteile bestehen bliebe, nicht zweckentsprechend sein würde. Ließ man nun jenen Herrn den Erwerb ganz machen, so war damit noch nicht gesagt, daß er ihn auch stets ganz oder überhaupt behalten könnte. Ob überhaupt und inwieweit dem Tutor die act. communi dividundo zustehe, dies war eine Frage für sich, deren Beantwortung von den Umständen des einzelnen Falles abhing.

Indem man einen solchen Thatbestand, der doch die Regel bildet, vor Augen hatte, gelangte man dazu, auch auf das vorliegende Rechtsverhältnis den Satz: „servus communis quod alteri ex dominis adquirere non potest, solidum alteri adquirit" anzuwenden. Es ist nun begreiflich genug, daß, wenn dieser Satz hier überhaupt anerkannt wurde, er generelle Anwendung finden mußte, ohne daß man nach der causa der Veräußerung oder der Verpflichtung des Pupillen fragte, da andernfalls — insbesondere bei der Eigentumsübertragung — eine bedenkliche Ungewißheit hinsichtlich des Erwerbes stattgefunden hätte. Es war gewiß praktisch richtiger, wenn man es den Miteigentümern des Sklaven überließ, sich auseinanderzusetzen. (Vgl. S. 66.) So ließ man auch bei der Schenkung an den gemeinschaftlichen Sklaven den anderen Herrn in solidum erwerben, nur daß hier von einem Ersatzanspruche des Tutor gegen diesen begreiflicherweise nie die Rede sein konnte. Erinnern wir uns an das, was oben S. 58 über Schenkungen an Sklaven bemerkt worden ist, so wird auch bei der Schenkung an den gemeinschaftlichen Sklaven der alleinige volle Erwerb des einen Herrn als nicht im Widerspruch mit der Absicht des Gebers stehend angesehen werden können, da dieser sich eben des Gegenstandes zu Gunsten des Sklaven ganz entäußern wollte. War dagegen dem Sklaven gerade für den Herrn, der den Erwerb nicht machen kann, geschenkt, so konnte freilich unser Grundsatz keine Anwendung finden. Zweifelhaft bleibt es, ob auch dann, wenn der Sklave ausdrücklich für seine Herren schlechthin schenkungshalber sich promittieren oder manzipieren ließ, der allein erwerbsfähige Herr das Ganze erwarb. Da jedoch hier der Erwerb den Herren sonst pro parte dominica zufallen würde (vgl. S. 78), so wird auch diese Frage eher bejaht werden müssen.

b) Ein ähnlicher hierher gehöriger Fall, der sich aber in den Quellen zufällig nicht erwähnt findet, wäre die Schenkung des einen Ehegatten an den im Miteigentum des anderen Ehegatten und eines dritten stehenden Sklaven.

c) Endlich kann noch der bei den römischen Juristen streitige Fall eines adscriptum für den dem Testamentsschreiber selbst und einem dritten gehörenden Sklaven hierhergestellt werden. Hierüber sagt nun **Paulus** in der bekannten l. 14 § 1 ad

l. Corn. de fals. 48,10:[22] — quaestio est, an, quoniam placet id quod illicite scriptum est pro non scripto esse, quod servo communi scribentis et alterius adscriptum est, utrum in totum pro non scripto sit, an quantum ad eum tantum qui adscripsit, ceterum socio totum debeatur. Es wird also die Frage darauf gestellt, ob das Vermächtnis an den gemeinschaftlichen Sklaven überhaupt als pro non scripto behandelt werden müsse, oder ob es bloß hinsichtlich der Person des Testamentsschreibers für nicht geschrieben gelte, so daß es dem andern Miteigentümer des Sklaven ganz zufalle. Dagegen können wir aus dem an die hervorgehobenen Worte sich anschließenden Referate aus Julians Digesten entnehmen, daß auch darüber ein Zweifel bestand, ob dieses Vermächtnis, wenn man es in Ansehung des Miteigentümers überhaupt aufrecht erhält, ihm ganz oder nur pro parte dominica erworben werde.[23] Daß Julian diese letztere Meinung vertreten habe, darf von vornherein nicht angenommen werden; er würde bei dieser Annahme mit seiner sonst festgehaltenen Auffassung des Vermächtniserwerbes durch einen gemeinschaftlichen Sklaven in Widerspruch geraten. (Vgl. oben S. 21 fg. 30 fg.) Damit wäre jedoch wohl vereinbar, daß Julian in dem Falle, wo der Testamentsschreiber „sibi et Titio" das Vermächtnis zugeschrieben hatte, der Ansicht war, daß Titius nur auf die Hälfte Anspruch habe, immer ein Damnationslegat vorausgesetzt.[24]

---

[22] Vergleiche die treffliche Interpretation von Keller, Institutionen S. 366 fg., der aber die hier uns beschäftigende Frage nicht berührt.

[23] In dem Texte ist, abgesehen von dem Zusatze „quod sibi adscripsit" hinter den Worten: „cum pro non scripto sit", schwerlich etwas zu ändern. Unannehmbar scheint Mommsens Vorschlag, für „quaeri" zu setzen „exquiri". (In dieser Bedeutung nimmt das „quaeri" schon Tydeman in Oelrichs nov. thes. I, 1. p. 89.) Julian sagt vielmehr nach dem Referat des Paulus: da das, was der Testamentsschreiber sich selbst zuschreibt, als nicht geschrieben angesehen wird, so könne sehr leicht die Frage entstehen (facillime quaeri posse), wie viel dem Titius oder dem Miteigentümer erworben werde, nämlich ob bloß die Hälfte oder das Ganze. Ferner ist die Korrektur der Florentina ipse Marcellus statt iste nicht zu beanstanden. Endlich wird in Mommsens Ausgabe mit Unrecht die Interpunktion hinter „ita" gesetzt (was auch Lenel, Palingen. I. p. 1219 übernommen hat), während man bisher — von den ältesten Ausgaben an — richtig immer „ita" mit „adiicit" verbunden hat.

[24] Anders Paulus sent. III. 6 § 14. — magis est, ut totum legatum ad coniunctum pertineat. — Die Proculianer werden auch beim communis

Wenn es sich nun fragt, wie der Erwerb des Vermächtnisses für den anderen Herrn des Sklaven zu begründen ist, so kommen wir wieder auf die Auffassung hinaus, daß hier das dem servus communis zugeschriebene Vermächtnis ihm einzig als Sklaven des anderen Herrn und somit giltig hinterlassen sei. Auch auf diesen Fall mochte man den Rechtssatz: „was der gemeinschaftliche Sklave dem einen der Herren nicht erwerben kann, erwirbt er ganz dem andern" anwenden; aber dabei stellte sich doch vielleicht das Bedenken ein, daß es sich hier nicht sowohl um den Erwerb aus einem zu Recht bestehenden Vermächtnisse, als vielmehr um die Frage handelte, ob dies Vermächtnis überhaupt, sei es ganz oder teilweise, rechtsgiltig hinterlassen sei.

V. Nicht anders steht es auch beim Vermächtnis an den gemeinschaftlichen Sklaven, wenn einem der Herren die testamenti factio fehlt, oder wenn es ihm vom Miteigentümer selbst hinterlassen ist. Dagegen ist für unsern Rechtssatz wieder die rechte Stelle, wenn der eine Herr keine Kapazität besitzt. (Vergl. S. 25. 30 fg.)

VI. Der Erwerb durch ein civiles Rechtsgeschäft, namentlich durch Manzipation, wenn einer der Herren kein commercium besitzt.

VII. Das Darlehn, welches der gemeinschaftliche Sklave aus dem Vermögen des einen der Herren giebt. (S. 68 fg.)

VIII. Nicht hierher gehört endlich die höchst befremdliche Entscheidung Papinians in l. 18 pr. h. t.[25]

> Si servus communis Maevii et castrensis peculii defuncto filiofamilias milite, antequam adeat institutus hereditatem, stipuletur, socio, qui solus interim dominus invenitur, tota stipulatio quaeretur, quoniam partem non facit hereditas eius quae nondum est.

Überblicken wir schließlich noch einmal die einzelnen Anwendungsfälle unserer Rechtsregel, so enthalten sie (mit Ausnahme von Nr. III.) eine Bestätigung des Grundsatzes, daß der Erwerbsakt des Sklaven nicht so zu beurteilen ist, als wäre er

---

servus dem anderen Herrn nur einen Teil des Vermächtnisses zugesprochen haben; vgl. S. 25. Paulus billigt des Marcellus Meinung, daß das ganze Vermächtnis ungiltig sei.

[25] Hierüber s. Fitting, peculium castrense S. 300 fg.

vom Herrn selbst vorgenommen, sondern daß die Rechtsübertragung, die Zuwendung, die Promission an den Sklaven selber erfolgt und nur ihre Wirkung (der Erwerb) infolge der potestas in der Person des Herrn eintritt.

Zweites Kapitel.

Der servus fructuarius und der bona fide serviens.

§ 5. Das Grundprinzip für den Erwerb und die einzelnen Erwerbsfälle.

Steht der Sklave im Miteigentum, so erwirbt er seinen Herren grundsätzlich nach Verhältnis ihrer Eigentumsanteile, ohne daß die Quelle des Erwerbes in Betracht käme.[1] Dagegen wenn an dem Sklaven ein Usufruktus oder Usus besteht, oder wenn er bezw. wenn ein freier Mensch als Sklave von einem anderen bona fide besessen wird, so ist für die Frage, wem der Erwerb zufalle, der ökonomische Ursprung des Erwerbes, d. h. der Umstand, woher derselbe materiell stammt, von entscheidender Bedeutung. Die Regel lautet: was der servus fructuarius[2] und der servus alienus oder liber homo bona fide serviens durch seine operae oder ex re des Nießbrauchers oder redlichen Besitzers erwirbt, wird letzteren erworben; aller sonstiger Erwerb gelangt an den Eigentümer bezw. an den Freien selbst.[3] Dar-

[1] Vgl. namentlich Jul. l. 37 § 2 de A. R. D. 41, 1 oben S. 64. Anm. 119.

[2] Über die Terminologie vgl. Kuntze in der oben S. 2 angeführten Schrift S. 7.

[3] Gai. II, § 91. De his autem servis, in quibus usumfructum habemus, ita placuit, ut quidquid ex re nostra vel ex operis suis adquirant, id nobis adquiratur; quod vero extra eas causas, id ad dominum proprietatis pertineat. — § 92. Idem placet de eo qui a nobis bona fide possidetur, sive liber sit sive alienus servus; — itaque quod extra duas istas causas adquiritur, id vel ad ipsum pertinet, si liber est, vel ad dominum, si servus est. (= l. 10 § 3. 4 de A. R. D. 41, 1. § 4. J. p. qu. pers. nob. adqu. 2, 9.) Gai. III, § 164. 165 (= § 1. 2. J. p. qu. pers. obl. 3, 28.) Ulpian. XIX. 21. Hinsichtlich des Nießbrauchers vergl. außer den später anzuführenden Stellen Paul. V. 7 § 3. l. 21 de usufr. 7, 1. l. 5 § 4a si

unter fällt sowohl der Erwerb von Eigentum durch Manzipation oder Tradition, als auch der Erwerb von Forderungen.[4] Dieser Satz von dem Erwerbe ex duabus causis stammt jedenfalls aus der Jurisprudenz und gehört schon der republikanischen Zeit an; vielleicht ist seine Formulierung auf Quintus Mucius zurückzuführen.[5]

I. Versuchen wir zunächst, die beiden Erwerbskategorien überhaupt festzustellen und zu begrenzen.

1. Zu dem Erwerbe ex operis gehört hier nicht der aus der Arbeitsthätigkeit des Sklaven als solcher (aus dem operari) hervorgehende Gewinn, d. h. der Vorteil, der aus den persönlichen faktischen Diensten (operae fabriles et artificiales) des Sklaven

---

ususfr. 7, 6. l. 49 de A. P. 41, 2; hinsichtlich des bona fide possessor eines fremden Sklaven l. 23 pr. de A. R. D. l. 25 § 2 de usur. 22, 1. l. 1 pr. C. de R. V. 3, 32; hinsichtlich des liber homo l. 19 de A. R. D. Der Usuar des Sklaven erwirbt bloß ex re sua. Die Einschiebung der Worte „vel usum" in § 2 J. 3, 28 hat das in den Digesten enthaltene Recht nicht ändern sollen, — wir haben es hier lediglich mit einem Flüchtigkeitsfehler Tribonians zu thun. Auch auf den Erwerb des Dotalsklaven findet die Regel Anwendung, indem der ex re mariti und ex operis servi gemachte Erwerb bekanntlich nicht restituiert zu werden braucht. l. 19 § 1 de pec. 15, 1. l. un. § 9 C. de cad. toll. 6, 51.

[4] In den Quellen wird namentlich Stipulation, Kauf und Miete erwähnt.

[5] Dagegen meint Göppert, organ. Erzeugnisse, S. 328, daß der Erwerb durch den bona fide serviens auf einer gesetzlichen Vorschrift beruhe und wohl schon in den 12 Tafeln (!) ausgesprochen sei. Aus der Wendung bei Gai. II, § 92: „quod enim placuit de usufructuario, idem probatur etiam de bonae fidei possessore" läßt sich keineswegs mit Pernice, Labeo II. S. 171 und Czyhlarz in Glücks Komment. Ser. d. B. 41. 42. T. 1. S. 532 entnehmen, daß dieser Satz zuerst beim Nießbraucher aufgestellt und von ihm auf den bon. fid. possessor übertragen sei. Dieselben Gründe führten hier wie dort zu demselben Satze und er war vielleicht beim bon. fid. poss., als dem vermeintlichen Eigentümer, noch durch zwingendere Rücksichten geboten, als beim Nießbraucher. Pernice, S. 170 Anm. 66, meint ferner, daß der Erwerb des bon. fid. poss. ex operis erst später anerkannt und daß überhaupt die ganze Regel — trotz l. 19 de A. R. D. 41, 1 — nicht sehr weit zurückreiche. Dagegen s. aber Czyhlarz S. 529 Anm. 1. Dabei kann man, wenngleich die Regel älter ist, Kuntze a. a. O. S. 13 zugeben, daß die Jurisprudenz sich erst in der Zeit des Labeo und Sabinus mit dem ususfructus servi und — setzen wir hinzu — mit dem Sklavenerwerbe des bon. fid. poss. eingehender beschäftigt habe. Ihre Ausbildung hat die ganze Lehre vornehmlich durch Julian erhalten. Wenn aber Kuntze weiter meint, daß „wenige Kontroversen auf diesem Gebiete in den Quellen hervortreten", daß „fast alles sich klar und ohne Anstoß entwickelt finde" und daß „die Lehre der römischen Jurisprudenz hier im großen und ganzen einer spiegelglatten Fläche gleiche", so wird sich aus den weiteren Ausführungen ergeben, daß diese Behauptung doch einer wesentlichen Einschränkung bedarf.

erwächst. Bei dem „adquirere ex operis" ist also nicht an das „uti operis", gleichviel für welchen Zweck die operae in Anspruch genommen werden, also an die unmittelbare Nutzung des Sklaven, zu denken. Der Beweis hierfür liegt schon darin, daß der Usuar Anspruch auf die operae servi hat und doch nicht ex operis eius erwirbt.[6] So kann der Mieter des Sklaven gewiß diesen für sich nutzen und seine Arbeitskraft ausbeuten, aber doch „nihil per eum servum adquirere poterit."[7] Bei den operae, welche ein Sklave jemand unmittelbar leistet oder welche dieser für sich durch Vermietung des Sklaven verwertet, kann ein „Erwerb" immer nur insofern zur Sprache kommen, als es sich darum handelt, ob für den aus den operae gezogenen Gewinn Ersatz zu leisten sei oder nicht. Die operae werden hier als fructus hominis behandelt; der Sklave kommt nur als Sache, die einen Ertrag giebt, in Betracht.[8]

Mit einem Worte: bei dieser Erwerbskategorie handelt es sich immer um einen Rechtserwerb ex operis des Sklaven oder des bona fide serviens, d. h. um einen von diesem vorgenommenen Erwerbsakt, dessen Rechtswirkung in der Person des Nießbrauchers und des redlichen Besitzers eintritt.[9] Der Kreis dieser Erwerbsakte ist ein ziemlich enger. Streng genommen gehört hierher einzig der Fall, wenn der Sklave selbst sich oder seine Dienste einem dritten vermietet — ihn haben die römischen Juristen in erster Reihe im Sinne gehabt —, oder überhaupt gegen Entgelt für den dritten thätig ist.[10] Alle anderen Fälle, an die man denken möchte, sind zweifelhafter Natur.

---

[6] Vgl. namentlich l. 12 § 6 de usu 7, 8. l. 14 pr. eod.

[7] Javol. l. 17 de per. et comm. 18, 6.

[8] Gai. l. 4 de oper. serv. 7, 7. Fructus hominis in operis consistit et retro in fructu hominis operae sunt; aber wie beim Ertrage anderer Sachen nur „deductis impensis". l. 16 pr. l. 17 § 1. l. 31. 79 de R. V. 6, 1. Vgl. ferner l. 13 § 13. 18 de A. E. V. 19, 1. l. 23 § 9 de aed. ed. 21, 1. — l. 29 de H. P. 5, 3. l. 39 § 1 de leg. I. 30. l. 1 § 1 C. de R. V. 3, 32. Der Usuar überschreitet mit der Vermietung der operae servi seine Befugnisse; daraus folgt aber natürlich nicht, daß er keine Forderung gegen den Mieter, oder daß er nicht den gezahlten Mietzins erwürbe, sondern nur, daß er zur Restitution dieses Erwerbes verpflichtet ist. Anders wenn der servus usuarius sich selbst vermietet hätte. l. 13 de usu 7, 8.

[9] So viel ich sehe, wird das adquirere ex operis servi fructuarii nur in l. 23 § 1 de usufr. 7, 1 (Ulp.) auf die unmittelbare Ausbeutung der Arbeitskraft des Sklaven, das operari, bezogen.

[10] So vor allem der Erwerb aus der vom Sklaven übernommenen operis

So erwirbt bei der Spezifikation der Nießbraucher und bonae fidei possessor gewiß das Eigentum der Sache, die der servus fructuarius oder der bona fide serviens aus dem ihm von jenen zur Verarbeitung übergebenen Stoffe gefertigt hat.[11] Aber wenn jener selbst Eigentümer des Stoffes ist, so wäre der Erwerb schon ex re eius gemacht. Gehörte dagegen der Stoff einem dritten, so ließe sich der Eigentumserwerb zur Not unter die Kategorie des ex operis adquirere bringen: gleich als wenn der fremde Sklave oder der Freie zur Ausführung der Arbeit gemietet wäre. Sehen wir aber genauer zu, so ist allerdings die neue Sache opera servi hervorgebracht, aber von einem Eigentumserwerbe des dominus des Sklaven, bezw. des liber homo b. f. serviens könnte schon ohnehin nicht die Rede sein.[12] Denn selbst abgesehen von Nießbrauch oder b. f. possessio würde hier doch den letzteren das Eigentum an der neuen Sache nicht zufallen.[13] M. a. W. es steht hier kein Rechtserwerb, den der servus fructuarius oder bona fide serviens für den Nießbraucher oder redlichen Besitzer macht, in Frage, sondern es handelt sich um einen unmittelbaren Eigentumserwerb der letzteren an einer Sache, welche durch die in Anspruch genommene Thätigkeit der ersteren hervorgebracht ist.[14] Selbst der malae fidei possessor des Sklaven würde hier das Eigentum erwerben. Es bliebe mithin für den Erwerb ex operis nur der Fall übrig, wenn der Sklave aus eigenem Antrieb fremden Stoff (bona fide) verarbeitet.

---

conductio, aus dem sog. Tröbelvertrag und den an die Dienstmiete sich anlehnenden Fällen, wo praescriptis verbis geklagt wird (vgl. auch l. 15 de praescr. verb. 19, 5); ferner der Erwerb aus einer vom Sklaven eingegangenen societas, in der sein Beitrag in der Arbeit besteht (wie z. B. in den Fällen der l. 52 § 2. 7. l. 71 pr. pro socio 17, 2); endlich das Honorar, das der Mandant dem Sklaven für die Ausführung des Auftrages entrichtet. Der Erwerb aus handelsgeschäftlicher oder gewerblicher Thätigkeit würde schon auf der Grenze beider Erwerbskategorien stehen, da er außer der Arbeit noch Betriebsmittel voraussetzt, die aus dem Vermögen des einen oder des andern herrühren und insbesondere als Pekulium dem Sklaven eingeräumt sind.

[11] Czyhlarz, S. 527 Anm. 97, rechnet auch den Spezifikationserwerb zum Erwerbe ex operis servi mit Berufung auf l. 19 de A. R. D. 41, 1. (?)

[12] Vgl. die Ausführungen oben S. 51.

[13] Dies wäre schon deshalb nicht möglich, weil der Verfertiger weiß, daß nicht seinem dominus bezw. nicht ihm der zur Verarbeitung übergebene Stoff gehört; er würde ja, wenn er domini bezw. suo nomine handelte, den Stoff kontrektieren.

[14] Lehrreich ist hier l. 12 § 6 de usu. 7, 8. (Labeo) — si vestimenta texenda redemerit vel insulam vel navem fabricandam, poterit ad haec

Ferner gehört hierher die Perzeption der Früchte durch den Sklaven; es ist dies eine faktische Arbeitsleistung, kein Rechtsakt, den der Sklave vornimmt. Eher könnte man zweifeln, ob die auf Befehl des Nießbrauchers oder redlichen Besitzers bezw. infolge der Anstellung vollzogene Besitzergreifung von herrenlosen Sachen, oder Abschließung von Rechtsgeschäften als Erwerb ex operis servi behandelt wurde.[15] Wir kommen auf diese Frage noch später zurück; vorläufig mag nur so viel bemerkt werden, daß in den Fällen, wo der Sklave in Angelegenheiten des Nießbrauchers oder redlichen Besitzers thätig ist, die Grenze zwischen dem Erwerbe ex re dieser und ex operis suis flüssig erscheint.

Manche, wie es scheint ganz überflüssige, Bedenken macht sich Tryphoninus l. 63 § 3 de A. R. D. 41, 1 bei der Frage, wem die Finderhälfte des vom servus fructuarius — und ihm steht der bona fide serviens gleich — gefundenen Schatzes zufalle.[16] Er geht von dem Falle aus, daß der Schatz auf dem Grundstücke des Proprietars oder eines dritten gefunden wird. Gewiß ist es richtig, daß alles davon abhängt, ob der Schatzfund sich als ein Erwerb ex operis servi darstelle.[17] Aber diese Frage braucht nur aufgeworfen zu werden, um ihre Verneinung zu finden. Die hypothetische Unterscheidung, welche der Jurist macht und dann verwirft („finge terram fodientem invenisse, ut hoc dicatur fructuarii esse: quod vero subito in abdito loco positum nihil agens sed aliter ambulans invenit, proprietatis domini sit“) verdunkelt nur die Sache. Nicht auf den Umstand könnte es überhaupt ankommen, ob der Schatz bei Gelegenheit der Arbeit (des Grabens) oder zufällig beim Spazierengehen, sondern einzig darauf, ob er durch die Arbeit gefunden war, d. h. ob die Arbeit gerade auf die Hebung des Schatzes verwendet wurde. Die Entscheidung, daß auch im ersteren Falle die Finderhälfte nicht dem Nießbraucher zukomme, ist unangreifbar, aber ihre Begründnng nicht einwandsfrei. Denn wenn der Jurist sagt: „nemo enim servorum opera thesaurum quaerit

operis uti usuarii. Kein Wort davon, daß das vom Sklaven gefertigte Gewebe dem Proprietar erworben werden könnte, sondern es steht nur in Frage, ob der Usuar befugt sei, sich der Arbeit des Sklaven zu diesem Zwecke zu bedienen, oder dafür dem Proprietar Ersatz zu leisten habe.

[15] Vgl. oben S. 49 fg.

[16] Vgl. S. 4 fg.

[17] — inspectio in illo est, num ex operis servis adquiratur.

nec eapropter tunc terram fodiebat, sed alii rei operam insumebat et fortuna aliud dedit" — so haben wir es beim ersten Argument mit einer willkürlichen Aufstellung zu thun und das zweite Argument ist auch nur in dem vorausgesetzten Falle, daß der Schatz bei Gelegenheit einer anderen Thätigkeit gefunden wird, zutreffend. Indessen es scheint, daß gerade über diesen Fall Zweifel bestanden und daß Tryphoninus zu einer streitigen Frage Stellung nimmt („ego nec illius ad fructuarium pertinere partem arbitror"). So war wohl auch die Auffassung vertreten, daß jeder Erwerb, welcher überhaupt infolge der Arbeit des Sklaven eingetreten, also auch durch die auf ein anderes Ziel gerichtete Thätigkeit desselben zufällig herbeigeführt worden ist, als ex operis servi gemacht angesehen werden müsse. Dem gegenüber erklärt nun Tryphoninus, daß unter jene Erwerbskategorie bloß der durch die Arbeit hervorgebrachte Erwerb, für den die Thätigkeit in Anspruch genommen wird, falle. Wie nun aber, wenn der Nießbraucher den Sklaven gerade zum Heben des Schatzes benutzt hat, oder wenn dieser selbst nach dem Schatze gegraben, also ihn nicht fortuitu sondern data ad hoc opera gefunden hat? Die Entscheidung würde dann freilich beim Schatzfunde in loco proprietarii vel alieno kraft positiver Rechtsvorschrift[18] dieselbe bleiben. Nun erstreckt aber der Jurist seine Deduktion auch auf den Schatzfund im eigenen Grundstücke des Nießbrauchers: „itaque si in ipsius fructuarii agro invenerit, puto partem solam ut agri dominum habiturum, alteram ad eum, cuius in servo proprietas est, pertinere." Und diese Entscheidung würde sich für den eben hervorgehobenen Fall wohl anfechten lassen.

2. Das adquirere ex re fructuarii vel bonae fidei possessoris umfaßt allen Erwerb, der aus dem Vermögen jener gemacht ist. So, wenn aus diesem, insbesondere aus dem Pekulium, welches der Sklave bei denselben hat, Geld als Darlehn gegeben wird; wenn mit solchem Gelde ein Gegenstand gekauft wird; wenn zu jenem Vermögen gehörige Sachen vom Sklaven deponiert,[19] kommodiert, verkauft, vermietet werden u. s. w.[20] Ebenso wenn die dem Nießbraucher oder redlichen

[18] § 39 J. de R. D. 2, 1.
[19] Ulp. l. 1 § 27. 28 depos. 16, 3.
[20] Ganz allgemein sagt Pomp. l. 16 § 2 de usu. 7, 8: — potest ex

Besitzer geschuldete Sache dem Sklaven geleistet, manzipiert oder auf sein Geheiß tradiert wird. Ferner wird auch die Schuldbefreiung des Nießbrauchers und redlichen Besitzers durch einen mit dem Sklaven vollzogenen Erlaßvertrag, acceptilatio oder pactum de non petendo, als ein Erwerb ex re der ersteren behandelt.

> l. 11 pr. de accept. 46, 4. Species adquirendi est liberare dominum obligatione: et ideo fructuarius quoque servus liberare acceptum rogando fructuarium potest, quia ex re eius videtur ei adquirere. Sed et si usum tantum habemus, idem fiet; idemque dicemus et in eo, qui bona fide nobis servit. (Paul. l. 12 ad Sab.)[21]

Daß hier die Schuldbefreiung als eine Art Rechtserwerb aufgefaßt wird,[22] ist minder auffallend, als daß dieser Erwerb ex re des Schuldners gemacht sein soll. Dies würde doch nur dann der Fall sein, wenn sich die acceptilatio als formelle Quittung an wirkliche Zahlung anschlösse, oder wenn ihr oder dem pactum de non petendo irgend welche Leistung seitens des Schuldners zu Grunde läge, oder endlich wenn mit ihr der Gläubiger eine dem Schuldner gegenüber obliegende Verbindlichkeit (z. B. aus einem legatum liberationis) erfüllte. Auf die causa wird hier aber augenscheinlich gar nicht gesehen, so daß auch eine schenkungshalber vorgenomme Liberation volle Wirkung hätte. Ex re usufructuarii wäre nur insofern erworben, als einzig für diesen und nicht für den Proprietar der Schulderlaß Wirkung haben kann. In Wahrheit aber hat dieser Fall mit unserer Erwerbskategorie nichts zu schaffen.[23] Der servus fructuarius und der bona fide serviens handeln hier als Stell-

---

pecunia nostra negotiatum esse, ut quidquid eo modo adquisierit, in peculio nostro sit. Wenn der Sklave mit dem ihm eingeräumten Pekulium oder dem ihm vom Nießbraucher u. s. w. anvertrauten Gelde Handel treibt, so ist der Geschäftsgewinn opera sua hervorgebracht; der Rechtserwerb für jenen wird aber immer ex re eius durch den einzelnen Erwerbsakt begründet.

[21] — videbitur ex re eius adquirere; idem in pacto dicemus. Paul. l. 63 de solut. 46, 3. vgl. l. 17 § 7. l. 19 pr. de pact. 2, 14.

[22] l. 23 pr. de usufr. 7, 1 (Jul.) Vgl. oben S. 86. Bei der acceptilatio käme noch in Betracht, daß sie formelles Empfangsbekenntnis ist.

[23] Eher ließe sich noch die acceptilatio als fingierte, also aus dem Vermögen des Schuldners (Nießbrauchers, redlichen Besitzers) geleistete, Zahlung darunter subsumieren.

vertreter des Schuldners, und wenn der von ihnen auf den Namen des Schuldners geschlossene Erlaßvertrag, insbesondere die acceptilatio gegen die sonstige Regel Wirkung hat, so beruht dies darauf, daß, wie man einen Erwerb durch sie zuließ, so es überhaupt anerkannte, daß durch sie „paciscendo melior condicio nostra fieri potest.“[24] Die Wirkung des Erlaßvertrages aber von seiner causa im einzelnen Falle abhängen zu lassen, dagegen sprachen praktische Rücksichten, die namentlich beim bon. fid. possessor hervortreten. Folgerichtig mußte auch der von dem Sklaven mit dem Eigentümer, als Gläubiger, selber eingegangene Erlaßvertrag die Befreiung des Nießbrauchers und bon. fid. possessor zur Folge haben.

Im übrigen wird es hinsichtlich dieser Kategorie des Erwerbes genügen, auf die früheren Ausführungen (S. 64 fg.) zu verweisen. Nur folgende Fälle, die Zweifel erregen könnten, bedürfen hier noch der Erörterung.

a) Die vom servus fructuarius oder bona fide serviens eingegangene Stipulation kann sich auch auf ein vom Nießbraucher oder bon. fid. possessor selbst eingegangenes Rechtsgeschäft beziehen; so z. B. wenn letztere Geld dargeliehen oder eine Sache verkauft haben und erstere sich auf deren Geheiß die Darlehnssumme bezw. den Kaufpreis promittieren lassen. Wie nun, wenn es fremdes Geld oder eine fremde Sache war? Auch hier wird beim Darlehn, Konsumtion des Geldes vorausgesetzt, für den Nießbraucher oder bon. fid. poss. die Klage aus der Stipulation begründet, gleichviel ob sie gleich bei der Auszahlung des Geldes oder erst später eingegangen ist, und ohne Unterschied ob der Sklave nominatim für jene oder sich selbst oder impersonell hat promittieren lassen.[25] In der That wird auch hier der Erwerb

---

[24] Jul. l. 55. Paul. l. 59 de pact. 2, 14.

[25] Sonst käme man auch zu dem seltsamen Resultat, daß, wenn die Stipulation auf den Namen des Nießbrauchers oder redlichen Besitzers lautete, sie, weil nicht ex re dieser eingegangen, nichtig wäre, während ihnen der Promittent aus dem Darlehn verpflichtet bliebe und während sie selbst dem Eigentümer des Geldes mit condictio sine causa bezw. act. ad exhibendum hafteten. Wäre aber nicht auf ihren Namen die Stipulation gestellt gewesen, so würde die Klage aus ihr der Herr des Sklaven bezw., wenn der Stipulator ein Freier war, dieser selbst erworben haben, während der Eigentümer des Geldes den Nießbraucher oder bon. fid. poss. in Anspruch nehmen könnte. (Nicht etwa den Herrn des Sklaven bezw. den früheren serviens, dem die Stipulation erworben wäre; es verhält sich hier ähnlich wie in dem Falle, wenn

ex re derselben gemacht: einmal weil in ihrer Person die causa stipulationis begründet ist, und sodann weil sie selbst dem Eigentümer der Geldstücke haften. Dies ist vielleicht noch klarer in dem Falle des Verkaufes einer fremden Sache, in welchem einzig der Nießbraucher oder bon. fid. possessor — nicht etwa der Herr des den Kaufpreis stipulierenden Sklaven — aus dem Kaufvertrage dem Promittenten haften und möglicherweise auch von dem Eigentümer der Sache nach Untergang derselben mit condictio in Anspruch genommen werde können.

Diese ganze Ausführung könnte als überflüssig gelten, wenn ihr nicht scheinbar eine Entscheidung von Julian, wenigstens in ihren Konsequenzen, widerspräche.

> § 1 de stip. serv. 45, 3. Si servus tuus, qui mihi bona fide serviebat, peculium habuerit quod ad te pertinebat, et ego ex eo pecuniam Titio credidero, nummi tui manebunt; stipulando autem mihi servus eandem pecuniam nihil aget: vindicando ergo eam pecuniam tu consequi poteris.

Daß die Stipulation hier gar keine Rechtswirkung äußert, muß einleuchten, da ja die Geldstücke noch existieren und vindicirbar sind und somit auch nicht ex re bonae fidei possessoris stipuliert worden ist. Umgekehrt würde sich ergeben, daß bei nachfolgender Konsumtion des Geldes die Forderung aus der Stipulation dem bon. fid. possessor erworben wird. Es fragt sich nur, wie die Entscheidung des Juristen ausfallen würde, wenn der Sklave die Stipulation nicht auf den Namen des bon. fid. possessor gestellt hätte, vorausgesetzt, daß sie mit der Zahlung der Darlehnssumme verbunden ist, d. h. daß der Darlehnsgeber in continenti den Sklaven stipulieren läßt. Es scheint, daß der Jurist hier dem Eigentümer des Sklaven auch die Forderung aus der Stipulation zusprechen würde; und das wäre ebensowohl innerlich begründet, wie praktisch gerechtfertigt.[26]

A mit fremdem Gelde ein Darlehn giebt und B auf sein Geheiß von dem Empfänger stipuliert, wo auch condictio gegen A stattfindet.) Vgl. S. 68 fg.

[26] Es ist kein Grund ersichtlich, weshalb dem Eigentümer des Sklaven, aus dessen Vermögen die der Stipulation zu Grunde liegende Leistung erfolgt ist, die Klage aus der Stipulation nicht zustehen sollte, sofern er die ihm gehörigen Geldstücke nicht vindicieren will. Als ex re bonae fidei possessoris begründet könnte die Stipulation nur dann angesehen werden, wenn der Eigentümer diesen selbst mit condictio sine causa in Anspruch nehmen

Dies gilt auch dann, wenn der Nießbraucher oder redliche Besitzer die dem Eigentümer des Sklaven (bezw. dem bona fide serviens selbst) gehörige Sache verkauft und letzterer den Kaufpreis stipuliert. Ist die verkaufte Sache eine gemeinschaftliche, so wird die Forderung aus der Stipulation dem Nießbraucher oder bon. fid. possessor und dem Herrn des Sklaven nach Verhältnis der Eigentumsquoten erworben. Einen solchen Fall, wo aber auch zugleich der stipulierende Sklave selbst ein communis servus des redlichen Besitzers und des Miteigentümers der verkauften Sache ist, behandelt Paulus in der später zu besprechenden l. 20 § 1 de stip. serv.

b) Es kann die Frage aufgeworfen werden, wer aus einem dem servus fructuarius oder bona fide serviens gegebenen Darlehn das Eigentum der Geldstücke erwerbe. Da nun das Geld dem Zwecke des Darlehns gemäß nicht aufbewahrt, sondern verbraucht zu werden pflegt, so möchte es scheinen, als ob diese Frage höchstens ein rein theoretisches Interesse darböte. Indessen ihre praktische Bedeutung tritt in zwei Punkten hervor. Einmal entscheidet sich danach, wem der mit diesem Gelde gemachte Erwerb zufalle; und sodann hängt von ihrer Beantwortung ab, gegen wen der Darlehnsgeber klagen könne. Denn wenn auch im allgemeinen der Grundsatz anerkannt ist, daß der Gläubiger nach seiner Wahl den einen oder andern mit der act. de peculio in Anspruch nehmen kann,[27] so macht hier doch gerade das Darlehn eine Ausnahme, insofern es nur gegen den verfolgt werden kann, in dessen Vermögen die Geldstücke durch die Hin-

---

könnte; mit einer solchen condictio aber würde er doch auch nur Abtretung der fraglichen Forderung aus der Stipulation erlangen können. Anders natürlich, wenn ein Nießbraucher wissentlich das zum Pekulium beim Proprietar gehörige Geld als Darlehn gegeben hätte. (Beim bon. fid. poss. ist ein entsprechender Fall nicht denkbar.) Dann wäre ex re des Nießbrauchers stipuliert, da dieser mit der act. ad exhibendum dem Proprietar haftet. Jedoch könnte letzterer auch hier den Empfänger aus der Stipulation in Anspruch nehmen. Da hiermit die Klage gegen den Nießbraucher wegfällt, so stellt es sich heraus, daß die Stipulation nicht ex re eius begründet ist.

[27] — nam qui cum servo contrahit universum peculium eius veluti patrimonium intuetur. Ulp. l. 32 pr. de pec. 15, 1. — eum qui contrahit totum servi peculium velut patrimonium intuitum. Marc. l. 19 § 1 eod. vgl. Jul. l. 37 § 3 eod. A. M. scheint Pompon. l. 2 eod. — Vgl. aber überhaupt auch Mandry, Ztschr. f. Rechtsgesch. VIII. S. 383 fg. Die Annahme Kuntzes a. a. O. S. 43, daß Proprietar und Usufruktuar jeder bis zum Gesamtbetrage des Doppelpekulium hafte, widerspricht den Quellen.

gabe gelangt sind.[28] Es kann keinem Zweifel unterliegen, daß, wenn der Sklave allein beim Nießbraucher ein Pekulium hat, das dargeliehene Geld in das Eigentum dieses kommt, der auch allein dem Darlehnsgeber haftet, es sei denn, daß das Darlehn iussu des Proprietars aufgenommen oder in dessen Angelegenheiten verwendet wurde. Ferner muß es einleuchten, daß, wenn der Sklave iussu des Usufruktuars oder bon. fid. possessor,[29] oder in seiner Eigenschaft als magister navis oder institor innerhalb der Grenzen seiner Vollmacht (so zumal als ein mutuis pecuniis accipiendis praepositus) das Darlehn empfängt, einzig jene das Eigentum der Geldstücke erwerben und mit der betreffenden adjekticischen Klage in Anspruch genommen werden können. Ebenso wird auch einzig dem Nießbraucher oder redlichen Besitzer, wenn der Sklave oder bona fide serviens als Geschäftsführer derselben das Darlehn aufnimmt, das Eigentum der Geldstücke erworben, wie sie auch allein aus dem Darlehn verpflichtet werden.[30] Endlich wird der Erwerb auch dann ex re des Nießbrauchers und bon. fid. possessor gemacht, wenn das Darlehn vom Sklaven für das Pekulium, welches er bei diesen hat, aufgenommen wird oder mit ihm in materiellem Zusammenhange steht; so wenn mit ihm eine Pekuliarschuld getilgt, oder Pekuliarobjekte unterhalten, oder Sachen, die für Pekuliarzwecke bestimmt sind, angeschafft werden. Von diesen Fällen abgesehen — also wenn das Darlehn dem Sklaven nicht für den Nießbraucher oder bon. fid. possessor gegeben oder von ihm für das Pekulium, das er bei diesen hat, aufgenommen oder verwendet war[31] — gelangen

---

[28] Das ist bisher nicht beachtet, auch nicht von Mandry in der angeführten Abhandlung und in seinem Familiengüterrecht II. S. 137. 355. Dem widerspricht nicht, daß sonst auch aus Schulden, die nicht in Verbindung mit dem Pekulium stehen, und wenn durch die Stipulation kein Erwerb für das Pekulium vermittelt wird, die act. de peculio platzgreift, wie insbesondere auch dann, wenn dem Gläubiger aus dem Kontrakt des Sklaven die act. exercitoria oder institoria gegen den dritten Präponenten zuständig ist. l. 17 § 1 de instit. 14, 3. l. 1 § 22 de exerc. 14, 1.

[29] l. 1 § 8 qu. iussu 15, 4.

[30] Vgl. l. 6 § 1 de N. G. 3, 5. Das Darlehn ist hier contemplatione des Nießbrauchers u. s. w. gegeben.

[31] So allein wird sich der circulus vitiosus: „das dargeliehene Geld ist ex re der genannten Personen erworben, wenn sie aus dem Darlehn verpflichtet werden, und sie werden aus ihm verpflichtet, wenn sie das Geld erworben haben“, von dem m. E. die römischen Juristen nicht freizusprechen sind, vermeiden lassen.

die Geldstücke in das Eigentum des Herrn des Sklaven (bezw. des bona fide serviens selber, wenn dieser ein Freier ist) und ist demnach auch einzig gegen denselben die Darlehnsklage begründet.

So entscheidet auch Papinian in l. 50 § 3 de pec. 15, 1: Servus alienus cum bonae fidei serviret mihi, nummos a Titio mutuatos mihi dedit, ut eum manumitterem, et manumisi: creditor quaerebat, quem de peculio conveniret. Dixi, quamquam creditor electionem alias haberet, tamen in proposito dominum esse conveniendum et eum ad exhibendum mecum acturum pecuniae nomine, quae ipsi esset adquisita nec in eam causam alienata, quae pro capite servi facta proponeretur: neque enim admittendum esse distinctionem existimantium, si non manumittam, domini pecuniam esse, manumissione vero secuta videri pecuniam ex re mea quaesitam mihi, quoniam magis propter rem meam, quam ex re mea pecunia mihi daretur.

Er geht allerdings davon aus, daß in dem vorliegenden Falle der Darlehnsgläubiger gegen die sonst geltende Regel auf die act. de peculio gegen den Eigentümer des Sklaven beschränkt sei.[32] Man hat den Grund hierfür darin finden wollen,[33] daß die act. de peculio überhaupt nicht statthaft sei, wenn es sich um einen solchen Vertrag handelt, durch den die Freilassung selbst vermittelt ist. Dies wäre ja auch in der That widersinnig, wenn sich der Sklave so selbst seinem Herrn entziehen könnte und dieser durch die Freilassung den Sklaven verlieren und zugleich noch aus dem Vertrage, der zur Freilassung geführt hat, de peculio haften sollte.[34] Indessen es leuchtet ein, daß dies dann,

---

[32] Dagegen erklärt sich Mandry in der zitierten Abhandlung S. 385, ohne übrigens auf die Stelle näher einzugehen, indem er die Entscheidung dahin versteht, daß überhaupt zunächst der Eigentümer als derjenige ad quem res respicit zu belangen sei. Ich komme darauf später noch zurück. (§ 10 Anm. 13.)

[33] Wie Cujacius comm. in l. 9 Quaest. Pap. ad h. t. nach dem Vorgang der Glosse.

[34] So beim mandatum de redimendo in l. 54 pr. mand. 17, 1; ebensowenig findet act. de in rem verso aus dem Darlehn des Sklaven statt, wenn er das Geld dem Herrn für die Freilassung gezahlt hat, l. 2. l. 3 pr. de in rem verso 15, 3.

wenn der Sklave dem Manumissor selbst nicht gehörte, gar nicht zutreffend ist. Somit würde einer act. de peculio et in rem verso auf Zahlung des dem Sklaven dargeliehenen Geldes gegen den redlichen Besitzer nichts entgegenstehen, ohne daß hier weiter in Betracht käme, daß letzterem infolge der Freilassung die operae seines vermeintlichen Sklaven entgangen sind. Mithin kann der Grund, weshalb die act. de peculio gegen den bonae fidei possessor versagt wird, eben nur darin liegen, daß, wie Papinian selbst betont, das dargeliehene Geld dem Eigentümer des Sklaven erworben ist,[35] weil dieser Erwerb nicht ex re bonae fidei possessoris gemacht ist. Papinian verwirft eine abweichende Auffassung, nach der der Eigentumserwerb einstweilen in der Schwebe sein soll, so daß erst die später eintretende oder ausbleibende Thatsache der Freilassung Gewißheit darüber bringe, wer von beiden ihn gemacht habe, indem die Freilassung die causa des Erwerbes bilden würde. Ebenso unklar wie diese Auffassung selbst,[36] ist aber auch ihre Widerlegung durch den Juristen. Der bon. fid. possessor habe das ihm von dem Sklaven eingehändigte Geld nicht sowohl ex re sua d. h. aus seinem eigenen Vermögen durch den Sklaven empfangen, als vielmehr propter rem suam d. h. als Äquivalent für eine, wie er glaubt, ihm gehörige Sache, nämlich für den von ihm freigelassenen Sklaven selber.[37] Da nun aber dieser Sklave in Wahrheit ihm

---

[35] Das Geld ist in das Pekulium, das der Sklave bei seinem Herrn hat, gekommen; anders wenn er von diesem selbst freigelassen wäre.

[36] Wohlverstanden steht immer nur der Erwerb des Eigentums aus dem Darlehn selbst, nicht der Eigentumserwerb an den Geldstücken für den bon. fid. poss. durch die Zahlung des Sklaven in Frage. Das wäre Erwerb von dem, nicht durch den Sklaven. Der Schlußsatz „neque enim admittendum . . “ ist somit nicht auf den unmittelbar vorangehenden Passus, sondern auf die in den Worten „ipsi adquisita“ liegende Entscheidung zu beziehen. Jene „distinctio“, die Papinian verwirft, hätte freilich nur dann einigen Sinn, wenn es sich darum handelte, ob der bon. fid. poss. das Eigentum der aus dem Darlehn dem Herrn erworbenen Geldstücke durch die Zahlung seitens des Sklaven erwerben könnte.

[37] Vgl. insbesondere Jul. l. 9. 10 pro empt. 41, 4. Nach Julian wäre das für die Freilassung gezahlte Geld als Kaufpreis anzusehen, den der Sklave für sich selbst zahlt. Übrigens ist das Wort „genere“ in l. 10 cit. nicht mit Mommsen zu streichen, sondern eher das „modo“. Julian will sagen, daß der Vertrag zwischen Herrn und Sklaven nach Analogie des Kaufes zu beurteilen sei; in Wahrheit würde vielmehr eine Art Tausch vorliegen. Vergl. l. 36 de stip. serv. 45, 3. l. 44 de A. R. D. 41, 1. l. 51 de A. P. 41, 2.

nicht gehört, so habe er auch nicht das Eigentum an den Geldstücken erworben, die ihm der Sklave für seine Freilassung hingegeben hat. Dies wäre vielleicht der dem Juristen vorschwebende Gedanke. Scharf gedacht scheint es aber nicht. Zunächst ist die Gegenüberstellung des Erwerbes ex re und propter rem bon. fid. possessoris als keine sehr glückliche Formulierung zu bezeichnen. Sie würde schließlich dahin führen, daß wenn der Sklave eine dem redlichen Besitzer gehörige Sache verkauft, dieser den gezahlten Kaufpreis nicht erwerben könnte, weil auch hier der Erwerb „propter rem eius" gemacht wäre. Ferner verhüllt der Jurist dabei gerade den wesentlichen Umstand, daß die fragliche res eine aliena ist. Auch will es scheinen, als ob in seiner Deduktion zwei verschiedene Dinge durcheinander gehen: nämlich Erwerb des Eigentums an den Geldstücken durch die Zahlung des Darlehnsgebers an den Sklaven — und Übergang des Eigentums an den Geldstücken vom dominus auf den bon. fid. possessor durch die Zahlung des Sklaven. Wenigstens tritt uns eine scharfe Trennung dieser beiden Verhältnisse nicht entgegen.

Die Entscheidung selbst ist trotz ihrer bedenklichen Motivierung gewiß richtig. Ex re des Besitzers hat der Sklave das Geld nicht erworben, da das Darlehnsgeschäft weder mit dem eigenen Vermögen des Besitzers noch mit dem Pekulium, welches er bei diesem hat, im Zusammenhange steht. Ebensowenig ist das Eigentum an den Geldstücken durch die Zahlung für seine Freilassung auf den Besitzer übergegangen. Mithin kann der Herr des Sklaven die Geldstücke, wenn sie noch beim Besitzer vorhanden sind, vindicieren, wenn sie aber von ihm dolo malo — also in Kenntnis, daß der Sklave ihm nicht gehörte, — verbraucht sind, mit der act. ad exhibendum klagen; ist die Konsumtion bona fide erfolgt, so würde, was Papinian nicht erwähnt, eine condictio platzgreifen. Also haftet auch der dominus und nicht der bon. fid. possessor dem Darlehnsgeber. Ebenso müßte die Entscheidung lauten, wenn der bona fide serviens ein Freier war, so daß dann gegen ihn die Darlehns-

---

Cujacius observ. IV. 8. Gentilis parerg. I. c. 15 (Otto thesaur. IV. p. 1288). Die Meinungsverschiedenheit zwischen Julian einerseits und Sabinus, Cassius, Celsus, Paulus andererseits (l. 4 § 16 de usurp. 41, 3. l. 2 § 14 pro empt. 41, 4) interessiert uns hier nicht.

klage gerichtet wäre und er selbst die dem vermeintlichen Herrn gezahlte Summe condicieren könnte.[38]

c) Schenkungen des Nießbrauchers oder redlichen Besitzers an den servus fructuarius oder bona fide serviens bereiten der juristischen Beurteilung eine eigentümliche Schwierigkeit. Möglich wäre doch immer nur ein Erwerb für den Eigentümer des Sklaven oder für den serviens selbst, wenn dieser ein Freier ist. Da nun aber das Geschenkte aus dem Vermögen des Nießbrauchers oder redlichen Besitzers herrührt, so würde nach dem allgemeinen Grundsatz der fremde Sklave oder der dienende Freie diesen Erwerb für erstere machen müssen. Ein Erwerb des Sklaven aber von dem Nießbraucher oder bon. fid. possessor für denselben, oder, was auf dasselbe hinauskommt, ein Erwerb der letzteren durch den Sklaven von sich selber ist ein Unding. Daher kann eine solche Schenkung keine andere Wirkung haben, wie die des Herrn an den eigenen Sklaven.[39] Das Geschenkte bleibt im Vermögen des Schenkers und die einzig mögliche Folge wäre die, daß es in das Pekulium des Sklaven gelangt. Dies ist auch die Auffassung aller römischen Juristen.

> l. 16 § 2 de usu 7, 8. Pompon. l. 5 ad Sab. Servo, cuius usum dumtaxat habemus, potest et a nobis quid donari, . . ut quidquid eo modo adquisierit, in peculio nostro sit.
>
> l. 31 de usufr. 7, 1. Paul. l. 10 ad Sab. Ex re fructuarii etiam id intelligitur quod ei (sc. servo fructuario) donaverit concesseritve vel ex administratione rerum eius compendii servus fecerit.[40]
>
> l. 49 de A. R. D. 41, 1. Paul. l. 9 ad Plaut. Quod fructuarius ex re sua donat (sc. servo fructuario) ex re eius est . . Eadem dicemus in homine libero, qui bona fide mihi servit, ut si ei aliquid donaverim, meum sit; et ideo Pomponius scribit, quamvis

---

[38] l. 3 § 5 de cond. ca. dat. 12, 4. vgl. l. 67 pr. de cond. ind. 12, 6. l. 54 § 1. l. 8 § 5 mand. 17, 1.

[39] Vgl. oben S. 26.

[40] Bei dem letzten Fall ist an den Nebengewinn zu denken, den der Sklave aus der ihm vom Nießbraucher übertragenen Vermögensverwaltung kraft des Willens des Nießbrauchers für sich macht, ferner an die Bezahlung für die Geschäftsführung, Tantiemen u. dgl.

donaverim ei operas suas, tamen quidquid ex operis suis adquiret, mihi adquiri.

Der Schlußsatz enthält nur eine weitere Konsequenz jener Auffassung. Wenn dem servus fructuarius oder dem bona fide serviens gestattet ist, seine Arbeitskraft für sich selbst zu verwerten, so fällt doch der daraus hervorgehende Erwerb dem Nießbraucher oder bon. fid. possessor zu und kommt in das Pekulium des ersteren.

Nun kann aber der Proprietar auch selbst durch den Sklaven ex re fructuarii erwerben und daher ist auch eine Schenkung des Nießbrauchers an den Sklaven in dem Sinne möglich, daß sie dem Proprietar zufallen soll.

l. 49 cit. — sed si eo animo id fecerit, ut ad proprietatis dominum pertineat, dicendum est illi adquiri.

Es verhält sich hier ähnlich wie bei der Schenkung an den gemeinschaftlichen Sklaven. So kann auch der Erwerb für den Proprietar durch das Pekulium, welches der Sklave bei diesem hat, vermittelt werden.

II. Nachdem beide Erwerbskategorien abgegrenzt sind, erhebt sich die Frage: wie ist man überhaupt auf jenen Erwerb durch den servus fructuarius und den bona fide serviens gekommen? Die Frage scheint hinsichtlich des Erwerbes ex operis und zumal beim Nießbraucher eine müßige zu sein, da der Nießbraucher auf den Ertrag der Sache überhaupt Anspruch hat und da „fructus hominis in operis consistit.“[41] Ebenso faßte man beim bona fide serviens die operae als Ertrag auf, so daß dem Erwerbe durch ihn dieselbe Idee, wie dem Fruchterwerbe des bonae fidei possessor zu Grunde liegt.[42] Wie diesem die fructus der fruchttragenden Sache gebühren, so steht auch die Erwerbskraft des Menschen in seinem Dienste und fällt ihm aller Rechtserwerb zu, den letzterer unmittelbar durch seine Arbeit oder durch Verwertung seiner Arbeitskraft macht.

Etwas anders steht es mit dem Erwerbe ex re des Nieß-

---

[41] l. 4 de op. serv. 7, 7 vgl. l. 3 eod. Vgl. S. 118.

[42] So werden der Fruchterwerb und Erwerb durch den bona fide serviens mitunter in Parallele gestellt, l. 40 de A. R. D. 41, 1. l. 25 § 2 de usur. 22, 1, und überhaupt Pernice, Labeo II. S. 165. Czyhlarz a. a. O. S. 549 fg. Anders Göppert a. a. O. S. 326 fg.

brauchers und redlichen Besitzers. Daß ein solcher Erwerb als ordentlicher Ertrag und normaler Nutzen, der vom Sklaven gezogen wird, sich darstelle, wird man nicht ohne weiteres behaupten können. Hier wie bei dem ex operis adquirere handelt es sich freilich immer um einen Rechtserwerb, den jene Personen durch den fremden Sklaven oder freien Menschen machen und der juristisch wesentlich gleichartig gestaltet ist, insofern die Wirkung des Erwerbsgeschäftes der letzteren für erstere eintritt; aber dieser Rechtserwerb hat doch in beiden Fällen einen verschiedenen Charakter. Wenn ein Sklave sich einem dritten vermietet, so bildet der durch dieses Rechtsgeschäft für den Nießbraucher oder vermeintlichen Herrn begründete Erwerb, der Anspruch auf die merces, ein Äquivalent für die ihm entgehende faktische Nutzung des Sklaven; hinsichtlich des Rechtserwerbes steht es materiell nicht anders, als wenn er selbst die operae servi vermietet hätte. Dagegen beim Erwerbe ex re fructuarii vel bon. fid. possessoris wird der fremde Sklave oder der Freie als notwendiger Stellvertreter jener behandelt; die Wirkung des Rechtsgeschäftes tritt für sie ein, weil es sich auf ein zu ihrem Vermögen gehöriges Objekt bezieht. Das Gemeinsame ist, daß hier wie dort der Erwerb durch eine Thätigkeit des Sklaven oder liber homo hervorgebracht wird: dort verfügt er aber über seine eigene dem Nießbraucher oder vermeintlichen Herrn gebührende Arbeitskraft, hier über das Vermögen derselben, indem er ein dieses berührendes Rechtsgeschäft abschließt.[43]

Aus der gelegentlichen Zusammenstellung auch des Erwerbes ex re mit dem Fruchterwerbe darf man noch keineswegs schließen,

---

[43] Beiderlei Erwerb würde dann freilich wieder darin übereinkommen, daß die Arbeitskraft des servus fructuarius und bona fide serviens im Dienste des Nießbrauchers oder bon. fid. poss. steht und insofern zu seinem Vermögen gerechnet werden kann. Dies hat Ulpian im Sinne, wenn er l. 23 pr. de A. R. D. 41, 1 sagt: Sed et si quid ex operis suis adquisierit, simili modo ei adquirit: nam et operae quodammodo ex re eius cui servit habentur, quia iure operas ei exhibere debet. (Daraus aber mit Pernice (s. Anm. 5) zu schließen, daß der Erwerb ex operis hier überhaupt erst gerechtfertigt werden solle und somit auch erst später als der Erwerb ex re Anerkennung gefunden habe, geht zu weit.) Bei alledem beruht der Erwerb ex operis servientis auf einem andern Prinzip als der ex re des Quasiherrn und schwerlich würden die römischen Juristen diesen Erwerb für jeden beliebigen dritten zugelassen haben, selbst wenn sie den Satz „per extraneam personam nihil adquiri potest“ aufgegeben hätten.

daß die römischen Juristen jenen Erwerb als fructus hominis aufgefaßt hätten.[44] Es wäre dies ebenso verkehrt gewesen, als wenn sie den Erwerb des Herrn durch seinen Sklaven überhaupt als eine besondere Gestaltung des Fruchterwerbes behandelt hätten. Fructus ist nur das, was man von der Sache bezieht, sei es durch ihre unmittelbare Nutzung, sei es indem diese einem anderen gegen Entgelt eingeräumt wird.[45] Der Erwerb des Nießbrauchers und des redlichen Besitzers ex re sua rechtfertigt sich daher unter einem anderen Gesichtspunkte. Der Eigentümer des Sklaven bezw. der liber homo bona fide serviens würde sonst einen zwar der Rechtskonsequenz entsprechenden aber materiell ungerechtfertigten Erwerb aus fremdem Vermögen machen, den er nach allgemeinen Rechtsprinzipien dem Nießbraucher oder redlichen Besitzer wieder herausgeben müßte. Es liegt auf der Hand, daß es nicht allein zu unnützen Weiterungen, sondern auch bei Insolvenz des Herrn oder des Freien zu einer unbilligen Benachteiligung des Nießbrauchers oder redlichen Besitzers geführt haben würde, wenn man diese auf Geltendmachung eines Anspruches wegen grundloser Bereicherung (oder act. mandati bezw. de peculio et in rem verso) gegen erstere verwiesen hätte. Und auch der Verkehr wäre erheblich beeinträchtigt worden, wenn der Herr des Sklaven (oder der liber homo selbst) die von diesem mit dem Gelde des Nießbrauchers oder redlichen Besitzers gekaufte und dann weiter veräußerte Sache vom Erwerber hätte vindicieren können. So erschien es denn „tam benignius quam utilius", daß letztere selbst den Erwerb machten. Die gleichen Nachteile stellten sich freilich auch ein, wenn der fremde Sklave nicht im Besitz oder Nießbrauch eines dritten stand, mochte er im Auftrage dieses oder ohne solchen den Rechtserwerb ex re desselben gemacht haben; jedoch solche Fälle kamen im Verkehre zu wenig in Betracht, als daß hier ein Bedürfnis vorgelegen hätte, den Grundsatz, daß der Sklave nur

---

[44] Vgl. Kuntze S. 14 fg. Übrigens wird auch der Erwerb aus Schenkungen und Vermächtnissen mit den fructus zusammengestellt l. 47 de J. D. (Jul.).

[45] Wo daher die Präſtation oder Restitution der fructus oder der omnis causa in Frage kommt, wird — was eigentlich selbstverständlich ist — jener Erwerb ex re des Verpflichteten ausgenommen, z. B. l. 20 de R. V. 6, 1. l. 32. l. 33 pr. de H. P. 5, 3. l. 13 § 13 de A. E. V. 19, 1. l. 23 § 9. l. 24 de aed. ed. 21, 1.

seinem Herrn erwerben kann, aufzugeben.[46] Dagegen war beim bona fide serviens eine solche Durchbrechung der Rechtskonsequenz allerdings geboten, nicht bloß in billiger Berücksichtigung der Lage des Besitzers,[47] sondern im allgemeinen Verkehrsinteresse.[48] Denn der Erwerb fremder Sklaven kam noch häufiger vor, als der anderer fremder Sachen, namentlich unbeweglicher; und der Kauf eines Freien als Sklaven gehörte gleichfalls nicht zu den Seltenheiten des römischen Verkehres.[49] Auch beim servus fructuarius, der für den Nießbraucher wirtschaftlich thätig ist oder als Inhaber des ihm von diesem verliehenen Pekulium sich im Rechtsverkehre bewegt, wurde der Erwerb für denselben durch die Erwägung geboten, daß ihm sonst die volle ökonomische Nutzung des Sklaven, welche — da der Sklave ein mit Vernunft und Willen begabtes Wesen ist und eigene Erwerbskraft besitzt — in der Ausbeutung seiner Erwerbsthätigkeit besteht, verschlossen gewesen wäre.[50]

War es mithin hier der wirtschaftliche Zweck des an dem Sklaven bestehenden dinglichen Rechtes, so war es in dem anderen Falle der Umstand, daß der fremde Sklave bezw. der Freie für einen Sklaven des Besitzers sowohl von diesem wie von dritten Personen gehalten werden mußte, welcher dahin führte, im allgemeinen Interesse des Verkehres durch ihn erwerben zu lassen. Wenn man den Erwerb auch des bonae fidei possessor auf die beiden causae beschränkte, ihn also namentlich nicht auch aus Schenkungen und letztwilligen Zuwendungen an den serviens erwerben ließ, so hatte dies seinen Grund einzig darin, daß für eine so weitgehende Ausnahme von dem Grundsatz „per extraneam

---

[46] Beim servus alienus institor und exercitor ist das römische Recht allerdings — ebenso wie beim freien institor — auf halbem Wege stehen geblieben; vgl. oben S. 50.

[47] Vgl. Czyhlarz a. a. O. S. 536. 537.

[48] Vgl. Göppert a. a. O. S. 327. 363.

[49] Sei es daß ein Freier sich selbst als Sklave verkaufen ließ (vorausgesetzt, daß ihm die Geltendmachung seiner Freiheit überhaupt offen stand, l. 1 qu. ad lib. 40, 13), sei es daß ihn ein dritter ohne seine Zustimmung verkaufte. Dabei ist nicht etwa bloß an Menschenraub (worüber Marquardt, Handb. d. röm. Altert. VII, 1. S. 165) und wissentlichen Verkauf eines Freien — l. Fabia de plagio — zu denken, sondern sehr leicht konnten die Standesverhältnisse eines Menschen ungewiß und — namentlich in der späteren Descendenz — verdunkelt sein.

[50] Vgl. Kuntze S. 16. 18 und über die praktische Bedeutung und das häufige Vorkommen des ususfructus servi im römischen Verkehre S. 12. 13.

personam adquiri non potest" ein praktisches Bedürfnis nicht vorlag. In Wahrheit erleidet ja hier der redliche Besitzer auch keinen unbilligen Nachteil, sondern ihm entgeht bloß ein unverhoffter Gewinn, der beim Erwerbe des fremden Sklaven oder freien Menschen — wenn ihm nicht etwa damals schon die Erbschaft deferiert war — außer aller Rechnung stand; im übrigen mag er sich an den halten, von dem er den Menschen erworben hat. Eher könnte man fragen — indem man insbesondere auch das Interesse dritter Personen, mit denen der bona fide serviens in Verkehr tritt, ins Auge faßt —, weshalb nicht „extra duas causas" wenigstens ein formeller und interimistischer Erwerb[51] für den bon. fid. possessor anerkannt wurde, so daß der dominus bezw. der liber homo auf einen Restitutions- oder Ersatzanspruch gegen jenen beschränkt gewesen wäre. Und diese Frage möchte namentlich in dem Falle nicht unberechtigt erscheinen, wenn der Erwerb aus dem zum Vermögen des dominus gehörigen Pekulium oder dem eigenen Vermögen des Freien gemacht war, welches der redliche Besitzer als peculium servi mitgekauft und ihm weiter belassen hatte. Wenn nun dennoch der Erwerb dem dominus bezw. dem liber homo serviens selbst zufiel, so erklärt sich dies nur daraus, daß hier das Interesse dieser Personen den Römern vorwiegende Berücksichtigung zu verdienen schien.

Es waren also lediglich die handgreiflichen Bedürfnisse des Verkehres, welche den Erwerb des servus fructuarius für den Nießbraucher, des bona fide serviens für den vermeintlichen Herrn, mit Beschränkung auf die beiden causae, rechtfertigten. Die Römer waren sich wohl bewußt, daß hierin eine Anomalie lag. Das findet volle Bestätigung in l. 44 pr. de usurp. 41, 3.[52]

> Papin. l. 23 Quaest. — Iusto errore ductus Titium filium meum et in mea potestate esse existimavi, cum adrogatio non iure intervenisset: eum ex re mea quaerere mihi non existimo.[53] Non enim constitutum est in hoc, quod in homine libero qui bona

---

[51] Daß der Erwerb ex operis und ex re ein materieller und definitiver ist, bemüht sich Czyhlarz S. 532 nachzuweisen; m. W. hat dies aber auch noch niemand in Frage gestellt.

[52] Vgl. Cujacius in comm. ad l. 23 quaest. Pap.

[53] — „neque possessio neque dominium nec quicquam aliud ex re mea mihi quaeritur" schreibt dafür Hermogenian in der aus dieser Stelle entlehnten l. 50 pr. de A. P. 41, 2.

fide servit placuit: ibi propter adsiduam et cottidianam comparationem servorum ita constitui publice interfuit, nam frequenter ignorantia liberos emimus, non autem tam facilis (et tam) frequens[54] adoptio vel adrogatio filiorum est.

Scheinbar würde die Konsequenz gebieten,. wie durch den vermeintlichen Sklaven, so auch durch den vermeintlichen Haussohn den gleichen Erwerb zuzulassen. Denn es kann ja vorkommen, daß jemand über ein fremdes Hauskind oder einen Gewaltfreien die patria potestas dem Anscheine nach rechtmäßig erworben hat und bona fide thatsächlich ausübt. So wenn ihm ein fremdes Kind untergeschoben war oder von dem angeblichen Vater in Adoption gegeben wird, oder wenn ein Hauskind, dessen Status er nicht kennt, sich arrogieren läßt, oder wenn die Adoption oder Arrogation wegen eines ihm unbekannten Mangels ihrer sonstigen Erforderniße nichtig ist, oder endlich auch wenn das vermeintliche Kind ein fremder Sklave ist. Dennoch wird dem putativen Gewalthaber der Erwerb ex re ipsius und ex operis des angeblichen Kindes nicht zugesprochen,[55] da er nicht durch dieselben praktischen Rücksichten gefordert ist, wie der durch den vermeintlichen Sklaven. Denn der Kauf von Sklaven gehört zu den alltäglichsten Verkehrsgeschäften; dies kann man aber doch nicht von der Adoption behaupten.

Ferner wurde auch ein Erwerb des Gläubigers durch den ihm zum Faustpfand gegebenen Sklaven nicht anerkannt.

l. 37 pr. de A. R. D. 41, 1. Jul. l. 44 Dig. Per servum qui pignori datus est . . creditori nec stipulatione nec traditione [mancipatione] nec ullo alio modo quicquam adquiritur, quamvis possessio penes eum sit.[56]

---

[54] Mommsen streicht ohne Grund „frequens"; richtiger scheint es, mit der Vulgata die Worte et tam einzuschieben.

[55] Es würde hier auch nicht eine act. de peculio gegen ihn begründet sein, selbst dann nicht, wenn der putative Haussohn ein fremder Sklave war; anders, wenn es sich herausstellt, daß es ein eigener Sklave ist. Mithin würde im ersteren Falle der mit act. de peculio in Anspruch genommene vermeintliche Gewalthaber möglicherweise sich selbst an den wirklichen Gewalthaber oder Herrn halten können.

[56] Referiert von Paul. l. 1 § 15 de A. P. 41, 2.

Der Grund ist nicht darin zu suchen, daß dem Pfandbesitzer die bona fides fehlte (nämlich da er weiß, daß er nicht Eigentümer des Sklaven ist), sondern darin, daß er trotz seiner iusta possessio nicht berechtigt ist, die verpfändete Sache für sich selbst zu nutzen. Damit soll natürlich nicht gesagt sein, daß der Gläubiger den verpfändeten Sklaven hätte einsperren oder müßig umherlaufen lassen müssen; das wäre gerade dem Interesse des Verpfänders zuwider gewesen, da hierdurch der Sklave selbst vielleicht sogar hätte verschlechtert werden können. Es kann vielmehr nicht bezweifelt werden, daß der Gläubiger den Sklaven vermieten konnte, indem dann der erhaltene Mietzins auf die Schuld verrechnet wurde.[57] Gewiß durfte er auch die Arbeitskraft des Sklaven, wenn die Vermietung unthunlich war, für sich verwenden,[58] so daß in gleicher Weise der Wert der operae den Betrag der Forderung minderte. Wenn der Sklave aber selbst, obschon mit Zustimmung des Pfandgläubigers, seine Dienste vermietet hatte, wurde ihm die Forderung ex locato abgesprochen; denn es lag hier gar kein Bedürfnis vor, von dem Grundsatze, daß der Sklave seinem Herrn erwirbt, abzuweichen, um so weniger als der Mieter immer nur den Herrn hätte in Anspruch nehmen können. Das gilt in noch höherem Grade von dem Erwerbe ex re des Pfandgläubigers. Ein Pekulium bei diesem hat der Sklave nicht; und ihn zur Betreibung von Erwerbsgeschäften anzustellen, etwa als Institor in seinem Verkaufsladen, oder ihn zur Vornahme eines einzelnen Erwerbsgeschäftes zu gebrauchen, wäre über das dem Gläubiger an der verpfändeten Sache zustehende Recht hinausgegangen. Denn eine solche Benutzung des Sklaven, welche sich nicht in Geld schätzen läßt und somit auch nicht die Schuld herabmindert, würde nicht im Interesse des Schuldners liegen, sondern lediglich dem Gläubiger einen Vorteil gewähren, dem der verpfändete Sklave als Erwerbsorgan diente. Die Anerkennung eines beschränkten Erwerbes durch den verpfändeten Sklaven wäre, trotz des an ihm bestehenden rechtmäßigen Besitzes, über das Bedürfnis hinausgegangen.[59]

---

[57] l. 2 C. de pign. act. 4, 24.

[58] Es lag dies nahe, schon um Deckung für den dem Sklaven gewährten Unterhalt zu gewinnen.

[59] Darüber hat bei den Juristen wohl auch kaum ein Zweifel bestanden, während der Besitzerwerb durch den verpfändeten Sklaven bestritten war.

Auch beim Prekarium gilt der Regel nach dasselbe.[60] Dagegen stellen sich schon Zweifel ein, ob auch der Erwerb ex re sua und ex operis servi dem Schuldner abgesprochen wurde, der den fiduziarisch verpfändeten Sklaven vom Gläubiger als Prekarium erhalten hatte. Denn hier hat ja der Fiduziar lediglich ein formelles zur Sicherung seiner Forderung bestimmtes Eigentumsrecht, welches er erst mit der Fälligkeit der Forderung geltend machen kann, während bis dahin dem Schuldner die Ausübung des Inhaltes desselben und die volle Nutzung des Sklaven zustehen soll, so als ob er noch Eigentümer wäre.

Doch kehren wir zu dem servus fructuarius und bona fide serviens zurück. Es will scheinen, daß wenigstens beim ersteren und beim servus usuarius der Erwerb anfangs auf die operae beschränkt war. Der Nießbraucher und Usuar konnten den Sklaven gebrauchen, d. h. seine Arbeits- und Produktionskraft für sich ausnutzen: ersterer sie auch in vollem Umfange durch Vermietung des Sklaven verwerten,[61] während letzterer auf die faktischen Dienste des Sklaven beschränkt war, indem er ihn für sich arbeiten ließ. Das war schon durch den Begriff des uti, als des thatsächlichen Gebrauchens, und des frui, als des Beziehens des Ertrages der Sache, geboten. Ein Rechtserwerb durch den servus fructuarius wurde zuerst wohl allein bei dem Normalfalle — und ursprünglich dem einzigen Falle — des Nießbrauches, nämlich dem durch Vermächtnis begründeten Nießbrauch angenommen, in günstiger Auslegung der letztwilligen Zuwendung. Darauf deutet l. 25 § 7 usufr. 7, 1:

> Ulp. l. 18 ad Sab. Quod autem diximus ex re fructuarii vel ex operis posse adquirere, utrum tunc locum habeat, quotiens iure legati ususfructus sit constitutus, an et si per traditionem vel stipulationem vel alium quemcumque modum, videndum. Et vera est Pegasi sententia, quam et Julianus

---

Bekker, Recht d. Besitzes S. 63 verwechselt Besitzerwerb und Rechtserwerb, wenn er annimmt, daß nach Julians Entscheidung auch der Verpfänder durch den Sklaven nicht habe erwerben können.

[60] l. 22 de A. R. D. 41, 1. (Ulp. Sab.) S. 145.

[61] Gai. l. 3 de op. serv. 7, 7. In hominis usufructu operae sunt et ob operas mercedes.

libro sexto decimo secutus est, omni fructuario adquiri.[62]

Dürfen wir Ulpian als zuverlässigen Berichterstatter nehmen, so hat der für den Rechtserwerb des Nießbrauchers geltende Grundsatz erst seit Pegasus bei jedem Ususfruktus Anerkennung gefunden.[63] Vermutlich bildete den Ausgangspunkt der Erwerb durch solche Rechtsgeschäfte des Sklaven, die sich auf seine operae beziehen. Denn konnte der Nießbraucher den Sklaven vermieten, so lag es nahe genug, auch wenn dieser selbst über seine operae mit einem dritten einen Vertrag schloß, jenen die hierdurch begründete Forderung erwerben zu lassen. Wenn man nun dabei nicht stehen blieb, sondern dem Nießbraucher — und weiterhin dem Usuar — den aus seinen Mitteln gemachten Erwerb des Sklaven zusprach, so finden sich doch Spuren, die darauf hinweisen, daß man diesen Erwerb mit den operae servi verknüpfte.[64] So zunächst l. 14 pr. de usu 7, 8:

> Ulp. l. 17 ad Sab. Per servum usuarium si stipuler vel per traditionem [mancipio] accipiam, an adquiram quaeritur, si ex re mea vel ex operis eius.[65] Et si quidem ex operis eius, non valebit, quoniam nec locare operas eius possumus: sed si ex re mea, dicimus servum usuarium stipulantem vel per traditionem [mancipio] accipientem mihi adquirere, cum hac opera eius utar.

Sicher wirft nicht erst Ulpian die Frage auf, und da die Stelle in einem kompilatorischen Werke steht, so wird man auch nicht behaupten können, daß diese Frage noch zu seiner Zeit ver-

---

[62] Lenels (Palingen. II. p. 1074 n. 1) Vermutung, daß das Wort legati interpoliert sei, ist fein, scheint aber unberechtigt. Übrigens darf man gegen den aus der Stelle gezogenen Schluß kein Argument aus l. 13 pr. eod. l. 1 pr. usufr. quemad. 7, 9 entnehmen.

[63] Augenscheinlich schöpft Ulpian diese Notiz aus Julian, obwohl sich bei diesem Pegasus sonst nicht citiert findet.

[64] Die bezüglichen Stellen handeln freilich vom Usus, dadurch verlieren sie aber für unsere Frage nicht an Wert. Denn sie bezeugen eine Auffassung des Erwerbes ex re, die wie beim Usus so auch beim Ususfruktus zutreffen müßte, wenn hier dieser Erwerb auch früher anerkannt war.

[65] Der nach „quaeritur" folgende Satz ist anstößig. Mommsen sucht durch die Emendation „scilicet" für „si" zu helfen; mir scheint das ganze Anhängsel Glossem zu sein.

handelt wurde.[66] Jedenfalls war sie früher streitig und man wird wohl annehmen können, daß Sabinus einen Erwerb aus Rechtsgeschäften (Stipulationen und Manzipationen) des servus usuarius noch nicht anerkannt hat. Diesen Erwerb suchte man nun in der Weise zu begründen, daß man ihn auf die opera servi zurückführte. Anstatt selbst zu stipulieren oder sich manzipieren zu lassen, benutzt der Usuar den Sklaven zur Stipulation oder zum Manzipationsakte; letzterer leistet ersterem unmittelbar einen Dienst, indem er durch Vornahme des Erwerbsaktes für ihn thätig wird. Und nicht anders steht es, wenn er für ihn Besitz ergreift, sowohl im Falle der Okkupation wie der Tradition. Damit schwindet uns freilich das „ex re usuarii adquirere“ unter der Hand, und es scheint, als ob man so dahin gelangt wäre, jedweden Erwerb des Sklaven für den Usuar zuzulassen; denn ohne eigenes Thun geht es doch bei keinem Erwerbe ab — abgesehen von dem, den man ohne Wissen und Wollen macht. Und in der That finden wir die ältere Jurisprudenz auf diesem Wege. So faßte man die Erbschaftsantretung als Dienstleistung auf und versuchte so den Erbschaftserwerb für den bonae fidei possessor unter dem Gesichtspunkt eines ex operis servientis gemachten Erwerbes zu ermöglichen,[67] wogegen noch Julian nachdrücklich Einspruch zu erheben sich veranlaßt sieht.[68] Noch Tryphoninus muß sich gegen die Ansicht aussprechen, daß der Schatz, den der Sklave findet, ex operis servi erworben werde.[69] Und wenn Paulus sagt: „per eum, in quo usumfructum habemus, possidere possumus, sicut ex operis suis adquirere nobis solet“,[70] so scheint auch hier noch die Auffassung durchzublicken, daß der Besitz opera servi erworben werde und somit als ein ex operis servi stammender Erwerb an den Nießbraucher gelange.

Dabei ergab sich aber doch gleich eine Einschränkung. Opera servi wird der Erwerb nur dann gemacht, wenn der Sklave zu diesem Erwerbe eben benutzt, also wenn seine Thätigkeit hierfür

---

66 Es scheint, daß die Frage Labeo entnommen ist.

67 l. 19 de A. R. D. 41, 1. — in hereditate aliquatenus (sc. opera eius qui bona fide servit esset), quia per ipsum adiretur, quod et Varium Lucullum aliquando dubitasse. (Aristo.)

68 l. 45 pr. de A. H. 29, 2. Aditio hereditatis non est in opera servili.

69 S. oben S. 120 fg.

70 l. 1 § 8 de A. P. 41, 2.

in Anspruch genommen wird.[71] Dies wäre der Fall, wenn der Sklave auf Geheiß des Nießbrauchers, Usuars, redlichen Besitzers den Erwerbsakt vornimmt. Meistens wird hier auch ex re derselben erworben werden, so z. B. wenn der Sklave die von diesen gekaufte, ihnen legierte Sache in Empfang nimmt, mit ihrem Gelde kauft, das von ihnen dargeliehene Geld stipuliert. Von einem Erwerbe ex re derselben könnte zur Not auch noch gesprochen werden, wenn es sich um den Erwerb eines für sie bestimmten Objektes handelt, z. B. wenn sich der Sklave die Sache, die ihnen ein dritter schenken wollte, auf ihren Befehl manzipieren, tradieren oder promittieren läßt.[72] Aber ein solcher liegt sicherlich nicht vor, wenn der Sklave etwa auf Geheiß jener Personen von einer herrenlosen Sache Besitz ergreift. Und dennoch wird ihnen hier Besitz und Eigentum erworben werden, — ex operis servi, indem sie sich, anstatt in eigener Person zu okkupieren, zu diesem Zwecke des Sklaven bedienen. Es mußte ferner aber als gleichgiltig erscheinen, ob dem Sklaven der betreffende Erwerbsakt speziell aufgetragen war, oder ob der Sklave den Erwerb innerhalb des bestimmten ihm übertragenen Geschäftsbetriebes gemacht hatte. Interessant ist hier l. 20 de usu 7, 8:

> Marcellus l. 13 Dig. Servus, cuius mihi usus legatus est, adquirit mihi, si institor erit et operis eius utar in taberna (nam mercibus vendundis emendisque adquirit mihi); sed et si iussu meo per traditionem [mancipio] accipiat.

Der Erwerb durch den servus institor wird hier damit motiviert, daß er aus der geschäftlichen Thätigkeit des Sklaven hervorgeht, welche der Usuar für den Betrieb der taberna ausnutzt und auszunutzen berechtigt ist; dieser wird aus den Verkäufen und Käufen von Waren, die der Sklave vornimmt, selbst berechtigt, da die Forderungen durch die in Anspruch genommene opera desselben begründet sind. Gewiß wird es sich hier regelmäßig um einen Erwerb ex re usuarii handeln; aber gerade dies wird von dem Juristen nicht betont. Und ebenso bei der am Schlusse der Stelle genannten Manzipation ist an eine dem Usuar geschuldete oder für ihn bestimmte Sache zu denken; aber auch

---

[71] Vgl. auch S. 48 fg.

[72] Vgl. Jul. l. 45 § 4 de A. H. 29, 2.

dies wird von dem Juristen nicht hervorgehoben, sondern darauf Gewicht gelegt, daß der Sklave iussu des Usuars handelt, letzterer ihn also gebraucht.[73] Daraus wird man wohl den Schluß ziehen können, daß nicht jeder mit den Mitteln des Usuars gemachte Erwerb des Sklaven jenem zufiel, sondern nur derjenige, zu welchem der Usuar ihm den Auftrag erteilt oder ihn angestellt hatte. Daran reiht sich der Erwerb, den der Sklave aus dem ihm zur freien Verwaltung oder zum Geschäftsbetriebe eingeräumten Pekulium macht.[74] Hier wie dort benutzt der Usuar ihn als Erwerbsinstrument. Daraus ergiebt sich weiter, daß man auch den Erwerb durch Rechtsgeschäfte des servus fructuarius — abgesehen von dem Erwerbe ex operis im eigentlichen Sinne, der sich als fructus servi darstellt[75] — aus dem uti,[76] nicht aus dem frui ableitete. Freilich hütete man sich dabei, aus dieser Auffassung, nach welcher der Erwerb durch den Sklaven nur als eine besondere Art der Benutzung desselben erscheint, die Konsequenz zu ziehen, daß er durch einen iussu fructuarii vel usuarii vorgenommenen Erwerbsakt auch ex re eines dritten oder gar des dominus selber den ersteren erwerben könne.[77] Während man nun den Usuar wohl auf den genannten Erwerb beschränkte, wurde beim Usufruktuar der Erwerb ex re eius im

---

[73] Richtig bemerkt Kuntze S. 51, daß nach dieser Auffassung, „wenn der Sklave im Auftrag handelt, er nur in Ausführung des Willens des Usuars handelt, folglich als ein Werkzeug in seiner Hand." Er scheint aber Ulpian mißzuverstehen, wenn er aus l. 14 pr. cit. entnimmt, daß der Erwerb durch Rechtsgeschäfte zum „Ertrag der operae" gehöre und folglich dem „Eigentümer gebühre", da dem Usuar „nur das ex re sua nicht das ex operis servi adquisitum" zufalle, und daß Marcellus von diesem Grundsatz eine Ausnahme statuiere. Was bliebe dann aber schließlich für den Erwerb ex re usuarii noch übrig?

[74] Pomp. l. 16 § 2 de usu 6, 8. S. 121 Anm. 20.

[75] Vgl. oben S. 118. So wird denn gerade bei dem Erwerbe ex operis nicht von einem „opera servi uti" gesprochen; letzteres umfaßt sowohl die faktischen Dienstleistungen wie die aufgetragenen Rechtsgeschäfte, vgl. l. 12 § 6. l. 14 pr. de usu 7, 8.

[76] l. 12 § 3 de usufr. 7, 1. (Pomp. Ulp.) Vgl. Javol. l. 36 de stip. serv. 45, 3.

[77] Nur beim servus institor scheint man diese Konsequenz gezogen zu haben. (Vgl. oben S. 51.) Es wäre ja auch seltsam gewesen, wenn durch den Verkauf einer fremden Ware aus der taberna der Herr des Sklaven die Forderung gegen den Käufer erworben hätte. In Wahrheit kann man aber sagen, daß auch hier der Erwerb ex re des Präponenten (Nießbrauchers oder redlichen Besitzers) gemacht wird, da dieser dem Käufer verpflichtet ist und da das Rechtsgeschäft mit Bezug auf sein Vermögen eingegangen wird.

weitesten Umfange, auch wenn ihn der Sklave aus eigenem Antriebe macht, anerkannt.

III. Wir haben gesehen, wie man den durch das praktische Bedürfnis geforderten Erwerb durch den servus fructuarius und den bona fide serviens innerlich zu begründen suchte. In Wahrheit handeln diese, wenn sie Erwerbsgeschäfte mit Bezug auf das Vermögen des Nießbrauchers oder redlichen Besitzers eingehen, als deren Vertreter, freilich ohne daß nach ihrer Vertretungsabsicht gefragt würde. Also Nießbraucher und redlicher Besitzer erwerben durch sie ganz so, wie der Herr durch seinen Sklaven.[78] Da nun dieser Erwerb bekanntlich aus der potestas des dominus abgeleitet wird, so scheint die Konsequenz zu nötigen, eine solche auch beim Usufruktuar und bon. fid. possessor anzunehmen.[79] Daß die Römer von einer potestas der letzteren gesprochen haben, bleibt möglich, obwohl es sich nicht beweisen läßt.[80] Jedenfalls findet sich keine Andeutung, daß sie mit dem Potestasbegriff operiert haben, um den Erwerb für den Nießbraucher und redlichen Besitzer juristisch zu begründen. Die Zurückführung dieses Erwerbes auf eine potestas über den servus alienus oder liber homo hätte auch nur ein theoretisches oder systematisches Bedürfnis befriedigen können. Allerdings konnte man nicht verkennen, daß an dem servus fructuarius nicht lediglich ein dingliches Recht, wie an einem Tiere oder einer andern Sache, an dem bona fide serviens nicht ein bloßer Besitz, wie an einem vernunftlosen Objekt bestehe; daß hier wie dort das Gewaltverhältnis nicht bloß sachlicher, sondern zugleich persönlicher Natur

---

[78] Jul. l. 7 § 8 pro empt. 41, 4. Liber homo, qui bona fide nobis servit, iisdem modis ex re nostra adquirit nobis, quibus per servum nostrum adquirere solemus.

[79] Kuntze S. 16 fg.

[80] Für diese Annahme könnte man sich (was Kuntze übersehen) darauf berufen, daß das Edikt de peculio: „Quod cum eo qui in alterius potestate esset negotium gestum erit" auch auf diejenigen erstreckt wird „qui bona fide nobis serviunt, sive liberi sint sive servi alieni, — vel in quibus usumfructum habemus" (Ulp. l. 1 § 6 de pecul. 15, 1. l. 1 § 5 de trib. 14, 4); hierin könnte man ausgesprochen finden, daß diese Personen „alienae potestati subiecti" (l. 1 pr. § 5 de pecul.) sind. Ferner Paul. l. 11 pr. de accept. 46, 4, wo als „nostro iuri subiecti" auch der servus fructuarius und der bona fide serviens bezeichnet werden. Vielleicht auch Jav. l. 23 § 2 de A. P. 41, 2, falls hier e contrario argumentiert werden darf, daß ich den liber homo bon. fid. serviens „civiliter in mea potestate" habe. Gegen die Annahme einer potestas spricht Gai. II, § 86. 95.

sei, der Nießbraucher und bon. fid. possessor also dem dienenden Menschen als Herren gegenüberstehen.[81] Aber aus alledem läßt sich noch nicht folgern, daß man für den Erwerb durch dieselben jenes fragliche Potestasverhältnis als dogmatischen Anknüpfungspunkt benutzte. Näher liegt die Annahme, daß man umgekehrt verfuhr: hinsichtlich des anerkannten Erwerbes ex duabus causis gilt der servus alienus und liber homo nicht als extranea persona, vielmehr ist dieser Erwerb so zu beurteilen, als ob jener in der Potestas des Usufruktuars oder bonae fidei possessor stünde. Daraus ergaben sich dann zwei praktisch wichtige Konsequenzen. Zunächst erwerben letztere auch ohne ihr Zuthun, selbst wider ihren Willen. Und sodann ist die juristische Erwerbsfähigkeit des fremden Sklaven hinsichtlich der beiden Erwerbsgründe aus ihrer Person zu beurteilen. Der Sklave kann ihnen mithin auch durch einen Rechtsakt des ius civile, insbesondere durch Manzipation erwerben, wenn sein dominus kein commercium besitzt, und umgekehrt ist dieser Erwerb für sie ausgeschlossen, wenn ihnen selbst kein commercium zukommt.[82]

§ 6. Der bona fide serviens insbesondere.

Der Erwerb durch den servus alienus und liber homo setzt voraus — entsprechend dem Fruchterwerbe von der fremden Sache —: 1. Iusta possessio, d. h. der Besitz muß ex iusta causa erworben, das Herrschaftsverhältnis durch einen äußerlich

[81] Es mag hier an die bekannten Ausdrücke servitutem servire und in servitute esse erinnert werden, die sowohl auf den liber homo (l. 34 de stip. serv. 45, 3. Vat. fgm. 307. — l. 1 § 1. l. 11. 12 ex qu. ca. maj. 4, 6), als auch auf den servus alienus (l. 28 de nox. act. 9, 4. — l. 28 § 9 ad l. Jul. de adult. 48, 5) und den servus fructuarius (l. 28 § 8 eod. vgl. l. 18 de nox. act. l. 24 § 1 de usufr. leg. 33, 2) bezogen werden. Farbloser ist der Ausdruck servire, der auch bloß das rein faktische Dienen, im Gegensatz zur Sklavenstellung, bezeichnen kann (vgl. z. B. l. 4 § 4. 5. l. § 15 de statulib. 40, 7 — l. 1 § 2 de iur. ign. 22, 6. — Quinctil. V. 10 § 60.)

[82] So ist denn auch ein Erwerb des herrenlosen Sklaven für den Usufruktuar möglich, während sonst Rechtsakte des servus sine domino überhaupt nichtig sind (l. 36 de stip. serv. 45, 3). So wenn der Proprietar den servus fructuarius freigelassen hat (Ulp. 19, 1. vgl. l. 1 pr. § 1 C. comm. de manum. 7, 15); ferner in dem Falle der l. 23 pr. de lib. ca. 40, 12. Vgl. auch Kuntze S. 60 fg. (Übrigens liegt kein Grund vor, mit ihm den Quintus Mucius in der letzten Stelle in den Q. Cervidius Scaevola zu verwandeln.)

rechtmäßigen Vorgang begründet sein, welcher den Schein einer iusta servitus hervorzurufen geeignet ist. Als solche rechtmäßige Erwerbsgründe werden in den Quellen genannt Kauf, Schenkung, Vermächtnis, Erbfolge, dotis datio.[1] 2. Bona fides d. h. regelmäßig Unkenntnis des fremden Eigentumes[2] bezw. der Freiheit. — Über diese Erfordernisse im allgemeinen ist hier nicht zu handeln;[3] nur folgende Punkte mögen hervorgehoben werden.

I. Noch Sabinus sieht sich veranlaßt, ausdrücklich zu bemerken, daß wenn der Besitz des fremden Sklaven auf rechtswidrige oder fehlerhafte Weise erlangt war, ein Erwerb durch ihn nicht stattfinde.

> l. 22 de A. R. D. 41, 1. Ulp. l. 40 ad Sab. Nemo servum vi possidens aut clam aut precario per hunc stipulantem vel rem [mancipio?] accipientem potest adquirere.
>
> l. 14 de stip. serv. 45, 3. Jul. l. 3 ad Urs. Fer. Servus meus cum apud furem esset, furi dari stipulatus est: negat furi deberi Sabinus, quia eo tempore, quo stipulatus est, ei non serviret: sed nec ego ex ea stipulatione agere potero. Sed si detracta furis persona stipulatus est, mihi quidem adquiritur actio, sed furi nec mandati nec alia actio adversus me dari debet.

Hieraus scheint hervorzugehen, daß nach der Meinung einiger schon das bloße Gewaltverhältnis über den fremden Sklaven, gleichviel wie es begründet wäre, hinreichen sollte, um einen Erwerb durch ihn herbeizuführen.[4] Dabei ist aber immer daran zu denken, daß der Erwerb ex re possessoris gemacht,

---

[1] l. 54 § 3a de A. R. D. 41, 1. Mit Recht bemerkt Czyhlarz S. 542 fg. (gegen Köppen, Fruchterwerb des bon. fid. poss. S. 76. 99. 104), daß ein rechtsgiltiger Titel nicht erfordert wird. Bei der Erbfolge als causa possessionis ist nur an den Erwerb des wirklichen Erben durch den vermeintlichen Erbschaftssklaven zu denken. Der Putativerbe dagegen erwirbt auch durch den wirklichen Erbschaftssklaven nur ex re sua (l. 29. l. 32. l. 33 pr. de H. P. 5, 3); vgl. Czyhlarz S. 539 fg.

[2] „Regelmäßig" d. h. abgesehen von dem Falle, wo trotz der Kenntnis des fremden Eigentums bona fides vorhanden ist und Usukapion stattfindet, wie in l. 28 de nox. act. 9, 4. l. 5 pr. pro derel. 41, 7.

[3] In dieser Hinsicht mag auf Pernice a. a. O. II. S. 147—230 verwiesen werden.

[4] Vgl. Pernice S. 172.

und wohl auch, daß das Erwerbsgeschäft auf den Namen des Besitzers gestellt war. Sabinus verwirft jene Meinung, weil hier kein „servire“ des Sklaven stattfinde. Der fur ist zwar Besitzer des Sklaven, aber bei ihm nimmt dieser doch nicht die Stellung eines eigenen Sklaven ein, er übt keine Herrengewalt aus, welche rechtmäßigen Erwerb des Sklaven voraussetzen würde.[5] Das gilt um so mehr beim freien Menschen und es ist auch wohl nie in Frage gestellt worden, daß durch einen solchen keinen Erwerb machen könne, wer in Kenntnis seiner Freiheit die Gewalt über ihn erlangt hat.

II. Ex iniusta causa wird auch erworben, wenn der Erwerber zwar die Sache vom Eigentümer selbst erhält, das betreffende Erwerbsgeschäft aber vom Rechte verworfen wird. Dahin gehört insbesondere der Fall der Schenkung unter Ehegatten und der Verkauf einer res mancipi durch eine Frau ohne tutoris auctoritas. Daß sich hier unter den römischen Juristen verschiedene Auffassungen geltend machten, ist erklärlich genug.[6] Objektiv ist der erlangte Besitz iniusta possessio, da ihm die iusta causa fehlt; er ist aus einem rechtlich nicht gebilligten Grunde erworben. Subjektiv würde er sich als bonae fidei possessio darstellen; denn er ist mit dem Willen des Eigentümers erworben. Da jedoch dem Erwerber die Mangelhaftigkeit der causa bekannt war und er somit weiß, daß Eigentum nicht, wie der Auktor wollte, auf ihn übergegangen ist und übergehen konnte, so war man wieder berechtigt, ihm die bona fides abzusprechen.[7] Dennoch war man weit entfernt, die Rechts-

[5] Anders scheint mir die Begründung des Juristen nicht verstanden werden zu können; insbesondere muß die Auffassung abgewiesen werden, als ob Sabinus dem Diebe überhaupt keinen Besitz zuschriebe, oder als ob in dem gesetzten Falle der Sklave sich beim fur nur aufhielte (l. 1 pr. de fugit. 11, 4. vgl. l. 22 § 9 mand. 17, 1). — Die Entscheidung, welche Julian am Schlusse giebt, läßt sich nur „odio furum“ rechtfertigen und darf nicht auf jeden malae fidei oder iniustus possessor übertragen werden.

[6] Hierüber vor allen Pernice a. a. O., besonders S. 182 fg. 210 fg.

[7] Ein Besitz des beschenkten Ehegatten wurde ursprünglich überhaupt nicht angenommen. Erst Julian hat ihn als Besitzer und zwar als pro possessore possessor anerkannt (l. 13 § 1 de H. P. 5, 3. l. 1 § 2 pro don. 41, 6) und seine Auffassung erlangte, freilich nicht ohne Widerstreben, Geltung; Ulp. l. 16 de A. P. 41, 2. Paul. l. 1 § 4 eod. (Wenn Ulpian in l. 46 de don. int. vir. 24, 1 sagt: „inter virum et uxorem nec possessionis ulla donatio est“, so soll damit ein Besitzübergang nicht geleugnet werden, sondern nur erklärt sein, daß dem beschenkten Ehegatten der Besitz wieder ent-

stellung dieses Besitzers einfach nach der Schablone der malae fidei possessio zu beurteilen. Er hat ja mit Wissen und Willen des Eigentümers die Sache inne, benutzt sie und verfügt über sie.[8] So nimmt er auch bei der rei vindicatio durchaus die Stellung eines bonae fidei possessor ein, sowohl was sein Retentionsrecht wegen Verwendungen,[9] als auch was seine Haftung im Falle der Nichtrestitution der Sache anbetrifft.[10] Dagegen macht sich die Auffassung als iniustus oder malae

---

zogen werden könne mit condictio possessionis, wohl auch mit dem interd. utrubi; daraus, daß es in l. 1 § 10 eod. heißt „nec traditio quicquam valet", folgt auch nur, daß die Tradition kein Eigentum überträgt. Ob Paulus in l. 26 pr. eod. „licet illa iure civili possidere non intelligatur" dem Sabinus einfach nachschreibe, wie Pernice S. 187 Anm. 33 annimmt, scheint mir im Hinblick auf Ulp. l. 1 § 9. 10 de vi. 43, 16 zweifelhaft.) Vgl. Bekker, R. d. Besitzes S. 95 Anm. 5. Pernice S. 182. Dafür, daß Pomponius den beschenkten Ehegatten als bon. fid. poss. angesehen habe — wie Pernice, Köppen, Fruchterwerb d. b. f. p. S. 106, Czyhlarz a. a. O. S. 483 Anm. 17 gegen Göppert, organ. Erzeugn. S. 335 fg., meinen — liefert weder l. 29 § 1 de don. int. vir. 24, 1 (wo übrigens auf Labeo Bezug genommen wird), noch auch l. 45 de usur. 22, 1 einen zwingenden Beweis. Es werden in dieser Stelle nicht etwa zwei Klassen von bon. fid. possessores unterschieden, zu deren einer der beschenkte Ehegatte gerechnet wird. Die Parenthese „sicuti nec cuiuslibet bonae fidei possessoris" kann vielmehr — und gerade wenn man mit Pernice S. 166 Anm. 49 nicht in Gedanken „alius" hinzusetzt — so verstanden werden, daß sie einen Gegensatz zum vorangehenden „eius" ausdrücken soll: nämlich die nicht durch ihn selbst erzeugten Früchte erwirbt der Ehemann nicht, wie nicht einmal irgend welcher bon. fid. poss. — Was den Kauf einer res mancipi von einer Frau sine tutoris auctoritate (Vat. fgm. 1) anbetrifft, so unterscheidet sich dieser Fall von dem vorigen allerdings sehr wesentlich darin, daß diese „possessionem alienare potest". (Wiederum der Pupill „alienare nullam rem potest et ne quidem possessionem, ut Sabinianis visum est." Marcian. l. 11 de A. R. D. 41, 1; d. h. nicht etwa, wie Bekker S. 312 interpretiert, der andere Teil erlangt keinen Besitz, sondern der Pupill kann ihn wieder aus dem Besitz setzen, aber dritten Personen gegenüber kommt es nicht in Betracht, daß sein Besitz iniusta possessio ist.) Dagegen wird auch hier dem Käufer die bona fides abgesprochen, nicht bloß von den veteres und Sabinus und Cassius, sondern, wie es scheint, auch von den Späteren. Dem widerspricht nicht, daß er nach Proculus und Celsus, was auch Paulus billigt, pro emptore besitzt (vgl. l. 2 § 1 pro empt. 41, 4). S. auch Pernice S. 210.

[8] Paul. l. 36 pr. de don. int. vir. 24, 1. — causam possidendi donatio praestitit. vgl. l. 5 pr. pro derel. 41, 7.

[9] Pomp. l. 31 § 2 de don. int. vir. vgl. l. 27 § 5 de R. V. l. 37 eod. Doch war der Ersatzanspruch allerdings bestritten, Marcian. l. 10 de doli exc. 44, 4 (— plerisque placet); auch spielt hier vielleicht der Gedanke mit: „dolo feci qui passus sum eum aedificare et non reddo impensam" vgl. l. 5 § 2 eod.

[10] l. 36 pr. l. 37 de don. int. vir. vgl. l. 5 pr. pro derel.

fidei possessor darin geltend, daß der beschenkte Ehegatte durch den Sklaven keinen Rechtserwerb machen kann, weder ex operis servi [11] noch ex re sua. Und dies wird auch von dem Erwerbe des von einer Frau ohne tutoris auctoritas veräußerten Sklaven gelten.

> l. 57 de A. R. D. 41, 1. Paul. l. 6 ad Plaut. Per servum donatum a marito nec ex re quidem eius, cui donatum est, adquiri quicquam posse Julianus scribit: hoc enim in eorum persona concessum est, qui bona fide serviunt.
>
> l. 17 § 1. l. 19 pr. de don. int. vir. 24, 1. Ulp. l. 32 ad Sab. Sed si quid servus donatus adquisiit, ad eum qui donaverit pertinebit. — Si uxor filio donaverit servum, qui in patris mariti sit potestate, deinde is servus ancillam [mancipio?] acceperit, dominium mulieri quaeretur; nec interesse Julianus ait, ex cuius pecunia haec ancilla empta sit, quia nec ex re sua quicquam adquiri potest per eum qui donatur ei cui donatur: hoc enim bonae fidei possessoribus concessum est, virum autem scientem alienum possidere. [12]

---

[11] Obwohl er für die ihm geleisteten operae keinen Ersatz zu leisten braucht l. 18. l. 28 § 2. l. 31 § 1 de don. int. vir. 24, 1.

[12] Augenscheinlich nehmen Ulpian und Paulus auf dieselbe Stelle Julians Bezug, wenn auch die Referate dem Wortlaut nach von einander abweichen. Ulpian scheint aber vollständiger und genauer zu referieren. Die von Pernice S. 182 Anm. 10 erhobenen Bedenken sind kaum begründet. Daß die Wendung „virum scientem alienum possidere“ den Fragepunkt einfach beseitige, kann nicht zugegeben werden. Die Frage ist: kann der Ehegatte durch den geschenkten Sklaven erwerben? Die Antwort lautet: nein; denn nur dem bon. fid. poss. ist der Erwerb zugestanden, der beschenkte Ehemann ist aber kein solcher, weil er weiß, daß der Sklave ihm nicht gehört. Noch weniger läßt sich die Behauptung rechtfertigen, daß „die Formel bei beiden Juristen geradezu Unsinn“ sei. Denn 1) ist es unrichtig, daß sich „bon. fid. servire natürlich auf den Dienenden“ beziehe; 2) mag es richtig sein, daß es „der subjektiven Natur dieses ganzen Begriffes widerspreche, den Ehegatten schlechthin zum mal. fid. poss. zu machen“; — aber zunächst wird direkt von einem mal. fid. poss. nicht gesprochen; und sodann erklärt doch Pernice selbst, daß Julian den beschenkten Ehegatten als pro possessore poss., also jedenfalls nicht als bon. fid. poss. behandelt, und er setzt sich so mit seinen eigenen Ausführungen auf S. 182. 187. 210 fg. in Widerspruch. Daß weder Ulpian noch Paulus die Begründung Julians richtig wiedergebe, scheint mir demnach nicht erwiesen.

Also Fruchterwerb, aber kein Sklavenerwerb für den beschenkten Ehegatten. Denn kein Zweifel, daß sowohl dieser wie der, welchem die Frau sine tutoris auctoritate die res mancipi verkauft hat, die Früchte von der Sache erwirbt. Da scheint nun in der That der von Julian selbst hervorgehobene Parallelismus zwischen Sklavenerwerb und Fruchterwerb[13] hinfällig zu werden. Indessen, daß beide hier auseinandergehen, hat nichts Auffälliges; denn in Wahrheit hat in beiden in Frage stehenden Fällen der Fruchterwerb mit dem Rechte der bonae fidei possessio nichts zu schaffen. Das ist ganz klar für den Käufer der res mancipi sine tutoris auctoritate in Vat. fgm. 1 ausgesprochen: „fructus suos facit, quia scilicet voluntate dominae percipit." Nicht durch Separation, sondern durch Perzeption mit dem Willen der Eigentümerin, also „quodammodo traditione" werden hier die Früchte erworben.[14] Dies findet auch für den anderen Fall seine Bestätigung in l. 17 pr. de don. int. vir.:

> De fructibus quoque videamus, si ex fructibus praediorum, quae donata sunt, locupletata sit, an in causam donationis cadant; et Julianus significat fructus quoque ut usuras[15] licitam habere donationem.

Hinsichtlich der Früchte, die der Ehegatte von dem geschenkten Grundstücke gezogen hat, wird eine erlaubte Schenkung angenommen. Er ist Eigentümer geworden, indem er sie voluntate mulieris perzipiert hat, und braucht die aus ihnen gewonnene Bereicherung nicht herauszugeben, da die Früchte ebensowenig wie die Zinsen von dem geschenkten Kapital unter das Schenkungsverbot fallen.[16] Daß dieser Gesichtspunkt für den Erwerb des

---

[13] l. 40 de A. R. D. 41, 1: simul haec fere cedere, ut quo casu fructus praediorum suos faciat bona fide possessor, eodem per servum ex opera et ex re ipsius ei adquiratur.

[14] Vgl. l. 62 § 8 de furt. 47, 2. l. 6 de donat. 39, 5. l. 4 § 1 de R. C. 12, 1.

[15] l. 15 § 1 eod. — usuras ex donata pecunia .. lucrabitur; haec ita Julianus l. 18 digestorum scribit.

[16] So auch Czyhlarz S. 484 Anm. 67 und schon Chesius differ. iur. c. 10 (Heineccii iurispr. Rom. et Att. II. p. 643 sqq.). Weshalb man hinsichtlich der Früchte eine licita donatio annahm, und ob diese auf die vom Beschenkten selbst erzeugten Früchte (Pomp. l. 45 de usur. 22, 1) beschränkt wurde, können wir hier füglich auf sich beruhen lassen; vgl. Göppert a. a. O. S. 270 fg. Köppen S. 105 fg. Der Grund kann jedenfalls nicht darin gefunden werden, daß der schenkende Ehegatten hier nicht durch den Verlust der

geschenkten Sklaven nicht verwendbar ist, bedarf keiner weiteren Ausführung. Durch den fremden Sklaven erwirbt man nie in Gemäßheit des Willens des Eigentümers, sondern kraft positiver Rechtssatzung dann, wenn ein scheinbares Herrenrecht begründet worden ist.

III. Mit dem Fruchterwerbe kommt der Sklavenerwerb wieder darin überein, daß er durch ein die Usukapion hinderndes vitium nicht ausgeschlossen wird.[17] So erwirbt der bon. fid. possessor auch durch den dem Herrn gestohlenen oder entlaufenen Sklaven.[18]

> l. 39 de A. R. D. 41, 1. Jul. l. 3 ex Minicio. Etiam furtivus servus bonae fidei emptori adquirit, quod ex re eius stipulatur aut per traditionem [mancipio] accipit.

Wenn hier des Erwerbes ex operis servi keine Erwähnung geschieht, so sollte er damit doch nicht in Abrede gestellt werden.[19]

Nur so lange kann von einem Erwerbe durch den fremden Sklaven die Rede sein, als er besessen wird. Nun ist bekanntlich die Meinung durchgedrungen, daß auch am servus fugitivus der Besitz fortdauere, bis er in Besitz eines anderen kommt.[20] Erwirbt nun auch so lange der bon. fid. possessor durch den ihm entlaufenen Sklaven? Die Konsequenz scheint dies zu erfordern,[21] und doch muß die Frage verneint werden. Die Fortdauer des Besitzes am servus fugitivus ist einzig utilitatis causa rezipiert, damit seine Ersitzung nicht unterbrochen werde; aus dieser Anomalie läßt sich aber die Fortdauer des Rechtserwerbes um so weniger folgern, als ein faktisches servire des fugitivus jetzt nicht stattfindet. Allerdings hat man auch den Besitzerwerb durch einen servus fugitivus zugelassen, aber dabei wird immer ein Erwerb für den dominus vorausgesetzt. Beim Herrn des

---

Früchte ärmer wird; denn wäre nicht das Grundstück selbst, sondern bloß die „perceptio fructus" geschenkt, so könnte die Bereicherung herausverlangt werden. l. 8 C. de don. int. vir. 5, 16. l. 20 C. de J. D. 5, 12, vgl. Pomp. l. 9 § 1 de donat. 39, 5.

[17] l. 48 § 1 de A. R. D. 41, 1.

[18] Vgl. auch l. 31 § 1 de R. C. 12, 1. l. 24 § 1 de A. E. V. 19, 1.

[19] So auch Cujacius in recit. ad Julian. l. c.

[20] Insbesondere l. 17 § 3 de furt. 47, 2. l. 1 § 14 de A. P. 41, 2. Vgl oben S. 37 Anm. 71. 72. Goldschmidt, Studien zum Besitzrecht (in den Festgaben für Gneist) S. 24 fg. 30 fg.

[21] Dies nimmt auch Goeschen (in der S. 2 zit. Diss.) p. 13 an.

Sklaven konnte man hinsichtlich dieses Erwerbes vom eigenen Besitze absehen, wenn nur kein anderer im Besitze des Sklaven war; beim bon. fid. possessor wäre dies ein innerer Widerspruch gewesen. Es würde demnach der Erwerb, den der Sklave nach seiner Entweichung ex operis suis und ex re des bon. fid. possessor macht, nicht diesem letzteren sondern dem Herrn zufallen. Dies gilt insbesondere — und da wäre es auch allein von praktischer Bedeutung — in dem Falle, wenn der Herr den flüchtigen Sklaven wiedererlangt. Kehrt er dagegen wieder in die Gewalt seines früheren Besitzers zurück — gleichviel ob freiwillig oder gezwungen — so hat er in der Zwischenzeit auch diesem erworben. Dort, wo der Sklave sich dauernd dem Besitzer entzieht, ist mit seiner Entweichung das Gewaltverhältnis erloschen und ein Erwerb durch ihn kann nicht mehr stattfinden, mochte auch die Ersitzung noch weiter fortlaufen. Hier war der vermeintliche Herr nur an der thatsächlichen Ausübung der Herrengewalt zeitweilig gehindert; die Rückkehr des Sklaven in seine Gewalt stellt den Schein der servitus auch für die Zwischenzeit wieder her. Es würde sich also immer ex postfacto ergeben, für wen der Sklave in der Zwischenzeit den Erwerb gemacht hat.[22]

Ganz anders beim servus fructuarius, durch den, auch wenn er flüchtig wird, ja selbst wenn er in den Besitz eines dritten gelangt,[23] doch der Nießbraucher erwerben kann. Darüber hat auch wohl nie ein Zweifel bestanden; denn der Erwerb gründet sich hier auf ein selbständiges, vom Besitze unabhängiges Recht an dem Sklaven.[24]

---

[22] Es ist einfach undenkbar, daß der Herr, wenn er später sein Eigentum nachweist, auch die Herausgabe des von dem Sklaven in fuga aus dem Vermögen des Besitzers gemachten Erwerbes hätte verlangen können. Z. B. der Sklave entweicht mit dem Gelde des Besitzers, kauft dafür eine Sache, wird nach ein paar Tagen mit der Sache von dem bon. fid. poss. wieder ergriffen und bleibt in dessen Besitz. Sollte nun hier etwa das Eigentum der Sache dem Herrn des Sklaven zugefallen sein? Aber ebenso seltsam wäre es, dem früheren Besitzer einen Anspruch auf den Erwerb zuzuerkennen, den der entlaufene und dann zu seinem dominus zurückgeführte oder freiwillig zurückkehrende Sklave während der ganzen Zwischenzeit seiner fuga ex operis suis gemacht hat. Freilich würde er auch meistens in dieser Zeit sich pro libero geriert haben.

[23] Hierüber ist unten § 12. II. noch näher zu handeln.

[24] Venulej. l. 52 pr. de A. P. 41, 2. Permisceri causas possessionis et ususfructus non oportet, quemadmodum, nec possessio et pro-

Über eine ganz andere Frage berichtet Ulpian in l. 12 § 3. (= Vat. fgm. 89) § 4 de usufr. 7, 1.[25] Durch non usus erlischt der Usufruktus; wie nun wenn der Sklave dem Nießbraucher entläuft oder von einem dritten besessen wird, geht der Usufruktus mit Ablauf der Verjährungszeit (des annus) unter? Pomponius nahm, freilich zögernd, an, daß wenn der servus fugitivus ex re fructuarii stipuletur aliquid vel mancipio accipiat, der Nießbrauch erhalten bleibe, da hierin ein uti servo gefunden werden könne. Weiter ging Julian: auch ohnedies bestehe der Nießbrauch weiter fort (also von einem Untergange durch non usus könne beim fugitivus überhaupt nicht die Rede sein), „nam qua ratione retinetur a proprietatis domino possessio, etiamsi in fuga servus sit, pari ratione etiam ususfructus non amittitur.“ Daß diese Begründung schlüssig sei, wird niemand behaupten wollen. Gewiß geht der Nießbrauch durch die Flucht des Sklaven nicht unter — ebensowenig wie das Eigentum —, aber dafür braucht man sich nicht auf die Analogie der Fortdauer des Besitzes am fugitivus zu berufen; und ferner, daraus, daß der Nießbrauch nicht erloschen ist, folgt doch nicht, daß er wie der Besitz am fugitivus auch überhaupt fortbestehen müsse und non utendo nicht erlöschen könne. Wenn nun Julian das „possessionem retineri“ mit dem „usumfructum non amitti“ in Parallele stellt und beides auf dieselbe ratio gründet, so wird ihm folgender Gedanke vorgeschwebt haben: Wie eine Fortdauer des Besitzes am servus fugitivus anerkannt ist, so müsse man auch annehmen, daß beim Nießbrauch der usus iuris, als die quasi possessio, fortbestehe.[26] Es darf wohl angezweifelt werden, ob dies ein sehr glücklicher Gedanke zu nennen ist, denn

---

prietas misceri debent: nam neque impediri possessionem, si alius fruatur, neque alterius fructum amputari, si alius possideat.

[25] Vgl. auch Kuntze S. 59. 60.

[26] Vgl. Schmidt, Persönlichk. d. Sklaven, S. 30 Anm. 65. — Von Julian wird der für den Besitz am fugitivus geltende singuläre Rechtssatz analog angewendet. Durch die Fiktion der Fortdauer des Besitzes sollte die Unterbrechung der Usukapion, durch Julians Fiktion der Fortdauer des uti soll der Untergang des Usufruktus verhütet werden, und beides würde innerlich dadurch gerechtfertigt werden können, daß es nicht in der Macht des Sklaven stehen dürfe, durch seine Flucht den Usukapionsbesitzer bezw. Nießbraucher um sein gutes Recht zu bringen. Das wäre eine „par ratio“; aber daß gerade an sie Julian nicht gedacht hat, geht daraus hervor, daß er von der Fortdauer des Besitzes für den Eigentümer spricht.

das uti als etwas rein faktisches läßt sich nicht ohne weiteres fingieren.

Auch Julian selbst kommt damit gleich ins Gedränge[27]. Der Besitz hört auf, sobald der flüchtige Sklave in den Besitz eines anderen gelangt, also müßte doch „pari ratione“ auch der Ususfruktus untergehen (natürlich nicht sofort, sondern nach Ablauf des annus), da nun ein usus iuris nicht mehr angenommen werden kann. Denn ist es nicht die Vornahme von Erwerbsakten des servus fugitivus für den Nießbraucher, worin sich die Fortdauer des uti ausdrückt, sondern wird diese nur nach Analogie des Besitzes fingiert, so wird man folgerichtig weiter sagen müssen, daß jene Erwerbsakte, wie bei dem fugitivus so auch bei dem von einem dritten besessenen Sklaven für die Erhaltung des Nießbrauches keine rechtliche Bedeutung haben. Nun besteht aber noch der Nießbrauch und so kann auch ein Erwerb durch den Sklaven intra annum stattfinden, und daraus, meint Julian, könne gefolgert werden, daß der Nießbrauch auch an dem im Besitze eines dritten, selbst eines praedo, befindlichen Sklaven doch nicht untergehe, wenn dieser nur ein Erwerbsgeschäft für den Nießbraucher (d. h. ex re eius) vornehme. Das Resultat selbst wäre somit: hier geht der Nießbrauch non utendo unter, dort nicht, — obwohl ein uti in beiden Fällen gleich möglich ist, nämlich indem der Sklave einen Erwerbsakt ex re fructuarii vornimmt.

IV. Besitz an einem Freien ist thatsächliche Herrengewalt, Ausübung der Potestas über diesen. Die bloße physische Überwältigung, Fesselung und Gefangenhaltung eines freien Menschen giebt keinen Besitz; denn ein freier Mensch, d. h. ein solcher, dessen Freiheit feststeht, kann ebensowenig Gegenstand des Besitzes wie des Eigentumes sein.[28] Possessio liberi hominis ist viel-

---

[27] In l. 12 § 4 cit. ist „idem tractat“ auf Julian zu beziehen; zwischen § 4 und § 5 haben die Kompilatoren wahrscheinlich ein Stück weggelassen.

[28] Jav. l. 23 § 2. Paul. l. 30 § 1 de A. P. 41, 2. Vgl. Bekker, R. d. Besitzes S. 58 fg. 157 fg. Scharf wird die Gefangenhaltung von dem in servitute esse geschieden in dem Edikt über die Restitution der maiores l. 1 § 1. l. 9. l. 11 ex qu. ca. mai. 4, 6. Die widerrechtliche Gefangenhaltung verschafft auch nicht das commodum possessionis im Freiheitsprozeß (Jul. l. 20 de probat. 22, 3), während selbst der mala fide als Sklave besessene Freie, als nicht in possessione libertatis befindlich, den Beweis seiner Freiheit zu führen hat. (Anders wieder, wenn der mal. fid. possessor den Freien wissentlich und

mehr ein solches Machtverhältnis, in welchem jemand thatsächlich als der rechtmäßige Herr jenes Menschen erscheint, letzterer bei ihm Sklavenstellung faktisch einnimmt. Wer sich selbst für den Herrn hält, die Freiheit des dienenden Menschen nicht kennt, ist bonae fidei possessor. Dem possidere entspricht das servire, obwohl es auch, wie wir gleich sehen werden, Fälle giebt, in denen ein servire stattfindet, ohne daß von einem Besitz gesprochen werden kann. So wird denn im juristischen Sprachgebrauch servire als das Passivum von possidere genommen und bona fide servire ist im Sinne von bona fide possideri[29] oder „ei servire, qui liberum hominem esse ignorat" zu verstehen. Gleichbedeutend ist iustam servitutem servire,[30] da nur bei demjenigen, der den ex iusta causa erworbenen Menschen für einen Sklaven hält, dieser sich in einer iusta servitus befindet. Es kommt also regelmäßig nicht darauf an, ob der Dienende sich selbst, sondern ob der vermeintliche Herr ihn für einen Sklaven hält.

Dem gegenüber bemerkt Pernice,[31] daß die römischen Juristen durchgehends den Nachdruck auf die bona fides des dienenden Freien legen und daß nach dem animus des Quasiherrn eigentlich gar nicht gefragt werde; „bona fide servire" bedeute, daß der serviens sein wahres Verhältnis nicht kenne, daß er ohne Kenntnis seiner Freiheit als Knecht diene. Es muß zugegeben werden, daß auf die bona fides des vermeintlichen Herrn bezogen, diese Formel sprachlich auffallend ist;[32] ferner,

---

unter Widerspruch desselben erworben hatte; hier müßte er auch hinsichtlich der Beweislast dem praedo oder latro gleich behandelt werden.) Daß ein freier Mensch, so lange er als Sklave gilt, auch als Sklave besessen werden kann, bedarf keiner Erklärung; auch läßt sich daraus nicht die Unrichtigkeit der bekannten Iheringschen Definition des Besitzes als Thatsächlichkeit des Eigentumes und des Satzes „wo kein Eigentum möglich, da auch kein Besitz", deduzieren. Denn nicht in seiner wirklichen Eigenschaft als Freier, sondern in seiner vermeintlichen und thatsächlichen als Sklave, mithin als Sache, wird der Mensch besessen. Ein Freier kann allerdings nicht Eigentumsobjekt sein, aber er kann in putativem Eigentum stehen: der Besitzer stellt sich thatsächlich als Eigentümer dar. Es ist dem völlig entsprechend, wenn einige römische Juristen den Besitz an Freien auf den Fall des putativen Eigentumes beschränken; vgl. auch Bekker a. a. O. S. 157.

[29] Das Passivum „ab aliquo bona fide possideri" (Gai. II, 92. l. 43 pr. de A. R. D. 41, 1. Paul. l. 20 § 1 de stip. serv. 45, 3) statt „alicui bona fide servire" kommt übrigens selten vor.

[30] l. 34 de stip. serv. 45, 3. vgl. Vat. fgm. 307. l. 28 de nox. act. 9, 4.

[31] a. a. O. S. 171. 173. S. 183 Anm. 10. S. 209. 217.

[32] Man könnte vielleicht an eine Ellipse denken sc. possessori.

daß in den weitaus meisten Fällen der dienende Freie seinen Rechtszustand nicht kennt und daß auch in den Quellen dies hin und wieder mit jener Formel ausgedrückt wird.[33] Aber daß jemals von dieser bona fides des serviens der Erwerb des Besitzers durch ihn abgehangen hätte, ist nicht allein an sich kaum glaublich,[34] sondern diese Annahme steht auch mit den Quellen in entschiedenem Widerspruch. Der Ausdruck bona fide servire wird ebenso vom alienus servus wie vom liber homo gebraucht. So müßte es denn auch beim ersteren auf seine eigene bona fides angekommen sein. Nun erwirbt der Besitzer aber auch durch den servus furtivus und fugitivus und dieser kennt doch gewiß seinen wahren Rechtszustand. Ferner wird — bei Freien und bei fremden Sklaven — abwechselnd von bona fide possidere und bona fide servire gesprochen;[35] sollte da etwa beim ersteren Ausdruck an eine andere bona fides gedacht sein, wie beim zweiten? Und endlich fehlt es auch nicht an Stellen, wo von einem bona fide serviens, der sein wahres Verhältnis kennt, die Rede ist, oder wo die bona fides geradezu auf den Besitzer bezogen wird.[36] So ist denn über die Bedeutung dieses Aus-

[33] z. B. l. 12 § 1 de lib. ca. 40, 12. l. 18 § 2 de N. G. 3, 5. l. 11 ex qu. ca. mai. 4, 6: Ei quoque succurritur, qui in servitute fuerit, sive bona fide serviat homo liber, sive detentus sit. Im ersteren Falle hält er sich für einen Sklaven, im letzteren kennt er seine Freiheit und wird wider seinen Willen von dem angeblichen Herrn festgehalten.

[34] So sollte z. B. ein Erwerb des bon. fid. possessor durch den minor 20 annis, der sich betrügerisch als Sklave hatte verkaufen lassen, ausgeschlossen gewesen sein?

[35] z. B. Pomp. l. 54 § 4 de A. R. D. 41, 1: — qui bona fide nobis servit . . . quem nos bona fide possidemus. (Jul.) Paul. l. 57 eod.: hoc in eorum persona concessum est qui bona fide serviunt; vgl. Ulp. 19 pr. de don. int. vir. 24, 1: hoc bonae fidei possessoribus concessum est. Scaev. l. 19 de stip. serv. 45, 3: alienus servus duobus bonae fidei serviens; (Ulp. l. 23 § 3 de A. R. D.) vgl. Ulp. l. 25 § 6 de usufr. 7, 1: in duobus bon. fid. possessoribus est apud Scaevolam agitatum. Vgl. Ulp. l. 1 § 1 de servo corr. 11, 3: qui bona fide servum emit, — cui bona fide homo liber servit. In l. 12 § 6 de lib. ca. 40, 12 scheinen mir die Worte „ego bona fide dominus" Glossem zu sein. Anders Pernice S. 203 Anm. 43.

[36] Pomp. l. 54 pr. de A. R. D.: qui bona fide nobis servit . . sciens condicionem suam. Uip. l. 23 § 1 eod.: tamdiu adquirit, quamdiu bona fide servit; ceterum si coeperit scire (sc. is cui servit) esse eum alienum vel liberum. Paul. l. 43 § 3 de aed. ed. 21, 1: servus meus bona fide tibi serviens . . vel sciens se meum esse vel ignorans. Vgl. Ulp. l. 12 § 2 de publ. 39, 4: si bona fide publicano alienus servus servit, . . for-

druckes bei den Pandektenjuristen in der That gar kein Zweifel möglich. Daß aber ursprünglich der Erwerb durch den Freien oder den fremden Sklaven durch die bona fides eben dieses bedingt gewesen, ja daß die eigene mala fides des Quasiherrn gar nicht in Betracht gekommen wäre, wenn nur ein thatsächliches Gewaltverhältnis über jenen bestand, und daß erst im Laufe der Zeit die gerade entgegengesetzte Anschauung, wonach einzig die bona fides des Quasiherrn entscheidend ist, sich Geltung verschafft hätte, — dies scheint uns eine Annahme zu sein, der es einerseits an jeder äußeren Beglaubigung fehlt, und die andererseits mit den Grundsätzen der historischen Kontinuität nicht in Einklang steht.

Herrengewalt kann man auch über einen Menschen faktisch ausüben, dessen Freiheit man kennt;[37] aber durch den thatsächlich in servitute befindlichen Freien erwirbt man nur, wenn das Gewaltverhältnis rechtmäßig begründet ist und der Freie für einen Sklaven gehalten wird. Ein Fall jedoch gab zu Zweifeln Veranlassung. Wie nämlich, wenn der freie Mensch, um dessen Erwerb es sich handelt, vom Erblasser bona fide besessen war, oder wenn ihn dieser selbst testamentarisch freigelassen hatte, und er sich als vermeintlicher Sklave im Nachlasse befindet? Auch hier wird durch die Kenntnis des Erben von der Freiheit der Erwerb für ihn ausgeschlossen. Das ist anerkannter Rechtssatz geworden.

> l. 40 de A. R. D. 41, 1 Afric. l. 7 Quaest. Quaesitum est, si is, cui liber homo bona fide serviret, decesserit eique is heres extiterit, qui liberum eum esse sciat, an aliquid per eum adquirat. Non esse ait, ut hic bona fide possessor videatur, quando sciens liberum possidere coeperit; . . circa servorum igitur operam ac ministerium eandem rationem sequendam, ut sive alieni sive proprii . . manumissi testamento fuerint, nihil per eos heredibus, qui modo eorum id non ignorarent, adquiratur.
>
> l. 34 de stip. serv. 45, 3. Javol. l. 2 ad Plaut. Si

---

tassis et mala fide; plerumque enim vagi servi et fugitivi . . . etiam a scientibus habentur.

[37] Aber dem serviens gegenüber nicht anerkennt; vornehmlich wenn der serviens selbst seine Rechtsstellung nicht kennt. Einen Freien kann man jedoch auch dolo malo retinere, ohne sich selbst als dominus zu gerieren; vgl. l. 1. 2 de hom. lib. exh. 43, 29; vgl. l. 4 pr. eod.

servus testamento manumissus, cum se liberum esse ignoraret et in causa hereditaria maneret, pecuniam heredi stipulatus est, nihil debebitur heredibus, si modo scierint eum testamento manumissum, quia non potest videri iustam servitutem servisse iis, qui illum liberum esse non ignorabant. Distat ista[38] causa eius, qui liber emptus bona fide servit, quia in eo et ipsius et emptoris existimatio consentit: ceterum is qui scit hominem liberum esse, quamvis ille condicionem suam ignoret, ne possidere quidem eum potest videri.

Die Art und Weise, wie Julian[39] und Javolenus den Satz, daß der Erbe nicht erwerbe, zu rechtfertigen für nötig erachten, zeigt deutlich genug, daß hier die Meinungen auseinandergingen. Nach der Auffassung, der die Juristen entgegentreten, findet in beiden Fällen ein Erwerb durch den serviens statt, dessen Freiheit dem Erben bekannt ist. Beide Fälle kommen darin überein, daß der sich für einen Sklaven Haltende in dem dienenden Verhältnis, in welchem er sich bisher befand, auch nach dem Tode des bon. fid. possessor bezw. des Eigentümers, der ihn freigelassen hat, verblieben ist. Das einmal bestehende Dienstbarkeitsverhältnis wird ohne Zuthun des Erben weiter fortgesetzt; man wird auch nicht sagen können, daß dieser die Gewalt über den Freien rechtswidrig erlangt habe. Und von dem Standpunkte aus, daß der Erwerb durch den serviens fortdauere, selbst nachdem der Quasiherr Kenntnis von der Freiheit erlangt hat,[40] müßte die Meinung, daß auch hier der Erbe erwerbe, noch annehmbarer erscheinen.

Wenn nun beide Juristen diese Auffassung verwerfen, so tritt doch in der Begründung ihrer Entscheidung eine Verschiedenheit hervor. Julian macht geltend, daß nur der bonae fidei possessor durch einen Freien erwerben könne; als solcher könne aber der Erbe nicht angesehen werden, da er den Besitz an ihm

---

[38] Das Wort „ista“ ist wohl zu streichen, als ein aus dem vorangehenden „distat“ entstandener Abschreibefehler. Mommsen emendiert „is a“; Rob. Stephanus schiebt hinter „distat“ ein „ab“.

[39] Denn aus ihm referiert hier lediglich Afrikanus, obwohl „quando“ nicht julianisch scheint, vgl. Kalb, Roms Juristen S. 68.

[40] S. unten Abs. V.

in Kenntnis seiner Freiheit erlangt habe. Javolen dagegen beruft sich darauf, daß eine bloß thatsächliche, auf die Unkenntnis seiner Freiheit gegründete dienende Stellung des freien Menschen einen Erwerb für den vermeintlichen Herrn nicht rechtfertigen könne; vielmehr müsse die Sklavenstellung eine rechtmäßige sein, was dann nicht der Fall sei, wenn der vermeintliche Herr die Freiheit des Dienenden kennt, und zwar — so wird wohl hinzuzudenken sein — von Anfang an kennt, nicht erst nach Begründung des Gewaltverhältnisses kennen gelernt hat. Julian argumentiert also aus dem possidere, Javolen aus dem servire. Wenn dieser am Schlusse seiner Ausführung sagt, daß wer die Freiheit der ihm dienenden Person kennt, nicht einmal als Besitzer angesehen werden könne, obwohl jene selbst sein Sklave zu sein glaubt,[41] so werden wir in diesem Satze nicht den eigentlichen Entscheidungsgrund, sondern bloß eine beiläufige Bemerkung des Juristen finden dürfen.

Einen gleichen Rechtsfall erörtert Afrikanus in l. 41 de R. C. 12, 1. Ein in der Provinz als Verwalter des Kalendarium angestellter Sklave wird im Testamente seines in Rom lebenden Herrn freigelassen und zugleich mit anderen zum Erben eingesetzt. Da er von seiner Freilassung und überhaupt vom Tode seines Herrn nichts weiß, fährt er fort, Kalendargeschäfte zu betreiben, Gelder einzuziehen und auszuleihen, indem er die Stipulation auf seinen Namen — nicht auf den seines, wie er glaubt, noch lebenden Herrn — stellt.[42] Fragt sich: erwerben die Miterben zu ihren Erbteilen die Forderung, da ex re derselben stipuliert ist? Da heißt es nun: „post aditam vero a coheredibus hereditatem non aeque idem dici (sc. adquiri) potest, utique si scierint eum sibi coheredem datum: quoniam tunc non possunt videri bonae fidei possessores esse, qui nec possidendi animum haberent.“ Ein Erwerb für die Erben

---

[41] Bemerkenswert ist allerdings, daß Javolen hier überhaupt keinen Besitz annimmt, während nach Julian der Erbe bloß nicht bona fide besitzt. Der Ausspruch des ersteren ist auf den liber homo zu beschränken und nicht auf den servus alienus zu erstrecken. Vgl. Anm. 28 a. E.

[42] Nur darin unterscheidet sich dieser Fall von dem in l. 34 cit., daß dort der Freigelassene den Tod seines Herrn kennt, sich demgemäß für einen Sklaven des Erben hält und diesem stipuliert, und daß er ferner erst mit Antritt der Erbschaft frei geworden war. Das kommt aber für die vorliegende Rechtsfrage nicht weiter in Betracht.

finde nicht statt, da sie nicht als bon. fid. possessores dieses Menschen, der, wie sie selbst wissen, ihr Miterbe ist,[43] angesehen werden können. Dies um so weniger, als sie gar nicht einmal den Besitzwillen hätten. Also es sei hier überhaupt kein Besitz vorhanden, da die Erben nicht die Absicht hatten, diesen ihren Miterben als Sklaven zu besitzen. Man wird dabei unmittelbar erinnert an den Ausspruch des Javolenus: „qui scit hominem liberum esse, ne possidere quidem eum potest videri." Aber während dieser einen Besitz hier überhaupt nicht anerkennt, wird von Afrikanus der Besitz wegen fehlenden animus possidendi in Abrede gestellt. Da wird man kaum der Folgerung entgehen können, daß wenn in concreto dieser animus possidendi vorhanden war, der Erbe also in der That die Herrengewalt über den Freigelassenen ausüben wollte, nun der Jurist ihn auch als — freilich malae fidei — possessor des liber homo, der seinen Rechtszustand nicht kennt, angesehen haben würde.

Wird nun der Erwerb durch den vermeintlichen Sklaven auf die bon. fid. possessio des Erben gegründet, so ist es klar, daß eine Besitzergreifung durch den Erben vorausgesetzt wird, da bekanntlich die Erbschaftsantretung noch nicht den Besitz der in der Erbschaft befindlichen Sache verschafft.[44] Gerade daran aber hält Afrikanus (oder, wenn auf diesen die Entscheidung zurückgeht, Julianus) nicht in voller Konsequenz fest; das Erfordernis des Besitzes für den Erwerb durch den vermeintlichen Sklaven

---

[43] Es braucht nicht weiter ausgeführt zu werden, daß es auch im Sinne des Juristen nicht sowohl darauf ankommt, daß der Erbe die Erbqualität des Freigelassenen, als daß er die Freiheit desselben kennt.

[44] Auf welche Weise die Besitzergreifung von Nachlaßsachen durch den Erben stattfinde, ist hier nicht weiter zu erörtern. Sie wird natürlich je nach der Art der betreffenden Sache sich verschieden gestalten, mag man die Apprehension als Erlangung der faktischen Herrschaft über die Sache oder als Herstellung der der Natur der Sache entsprechenden wirtschaftlichen Verbindung mit der Person auffassen. An den im Nachlaß befindlichen Sklaven (insbesondere auch an den servi in provincia) wird Besitz erworben durch jeden Akt, welcher die Herrengewalt des Erben zur äußeren Erscheinung bringt. So z. B. indem er den Sklaven für sich arbeiten läßt, ihn zu Erwerbsgeschäften benutzt, die Rechnung über die von ihm geführte Verwaltung abnimmt u. dgl., überhaupt auch in jedem Befehle, dem der Sklave nachkommt, indem er den Erben als seinen Herrn betrachtet. Aber nicht etwa schon durch den Befehl, von Erbschaftssachen Besitz zu ergreifen; vgl. Schmidt a. a. O. S. 35 fg.

schwindet ihm unter der Hand. So kann dieser auch für die ruhende Erbschaft, die doch keinen Besitz hat, erwerben:

> Quodsi sibi dari stipulatus esset, dicendum hereditati eum adquisiisse: sicut enim nobismet ipsis ex re nostra per eos, qui liberi vel alieni servi bona fide serviant, adquiratur, ita hereditati quoque ex re hereditaria adquiri.

Was hier vom Erwerbe ex re hereditaria gesagt ist, wird auch von dem ex operis gelten. Wenn nun hier der serviens für die Erbschaft erwirbt, ohne daß er besessen wird,[45] dann wird es auch für den Erben, um durch ihn zu erwerben, nicht einer Besitzergreifung desselben bedürfen. Und in der That ist auch eine solche in dem von Afrikanus behandelten Falle, wo der Erbe in Rom und der freigelassene Sklave in der Provinz weilt, kaum vorauszusetzen. Aber noch weiter:

> Quodsi proponatur coheredes eius id ignorasse (sc. eum sibi coheredem datum), quod forte ipsi quoque ex necessariis fuerint, potest adhuc idem responderi (sc. per eum adquiri).

Demnach würde ein Erwerb auch für den stattfinden, der selbst gar nichts davon weiß, daß er Erbe ist, sich also auch nicht für den Herrn halten und ebensowenig einen Besitzwillen haben oder bethätigen kann. Da scheint sich nun das bona fide possidere allerdings zu verflüchtigen. Als reale Grundlage des Erwerbes bleibt einzig das bona fide servire des freien Menschen (oder auch des fremden Sklaven) übrig, d. h. der Umstand, daß er sich thatsächlich wie bisher als Sklave des (wie er nicht weiß, schon verstorbenen) vermeintlichen Herrn, oder der ihm unbekannten Erben desselben geriert („in causa hereditaria manet"), während auch der Erbe — nicht etwa sich selbst für den Herrn hält, denn er braucht ja davon, daß er Erbe geworden ist, und ebenso von dem servire nichts zu wissen, sondern — die Freiheit des serviens (bezw. das Eigentum des dritten) nicht kennt.

Wir sehen, von dem Besitze ist der Erwerb durch den liber homo und servus alienus in dem Falle, der uns beschäftigt, nicht abhängig. Und das ist auch praktisch wohl gerechtfertigt;

---

[45] Wenngleich auch er „universo hereditatis iure continetur" l. 36 de stip. serv. 45, 3.

denn sollte etwa der Erwerb durch ihn ex re peculiari oder aus der ihm übertragenen Vermögensverwaltung in der Zwischenzeit von dem Tode des vermeintlichen Herrn bis zur Besitzergreifung des Erben, völlig stillstehen oder für ihn selbst bezw. für den dominus erfolgen? Afrikanus zieht nur die Konsequenz seiner Auffassung, wenn er zum Schlusse bemerkt: „quo quidem casu illud eventurum, ut si suae condicionis coheredes iste servus habeat, invicem bona fide servire videantur“. Die durch das ihnen unbekannte Testament frei und Erben gewordenen Sklaven erwerben einander ex re hereditaria nach Verhältnis ihrer Erbteile, da ein jeder bona fide serviens des anderen ist, — während doch gewiß keiner den anderen und ebensowenig sich selbst für den Herrn hält. Diese Entscheidung hat vielfach als paradox Anstoß erregt und sie ist in der That frappierend.[46] Von Besitz kann hier offenbar keine Rede sein; denn wie sollte einer den andern besitzen können! Auch ein Putativeigentum oder eine putative Herrengewalt ist nicht vorhanden, da ja keiner seinen eigenen Rechtszustand kennt. Der Jurist hütet sich daher sehr wohl, von bona fide possidere zu sprechen. Dennoch wird ein b. f. servire angenommen, eben weil keiner seinen eigenen Rechtszustand und den des anderen kennt, und wie seither rechtlich, so jetzt faktisch in der Sklavenstellung verbleibt, so daß in dem einmal bestehenden Verhältnisse äußerlich keine Änderung eingetreten ist.[47]

---

[46] „Casus mirabilis et prope incredibilis“, wie Cujacius ad h. l. in tract. VIII ad Afric. bemerkt. Vgl. auch die weitläufigen Ausführungen von Donellus ad h. l. in comm. ad tit. de R. C. und Barclajus in Otto thesaur. III. p. 901 sqq.

[47] Ist die hervorgehobene Verschiedenheit von possideri und servire richtig, so geht die von Pininski, Besitzerwerb I. S. 26, aufgestellte Definition: „Besitz ist das thatsächliche Dienen der Sache einer gewissen Person“ in die Brüche. — Übrigens wird, was vom Sklavenerwerbe gilt, auch auf den Fruchterwerb Anwendung finden müssen. Also die vor dem Erbschaftsantritt separierten Früchte (ebenso die Tierjungen) der vom Erblasser bona fide besessenen Sache fallen in die Erbschaft; und desgleichen erwirbt sie der Erbe, wenn sie zwar nach dem Erbschaftserwerbe aber vor der Besitzergreifung separiert sind, vorausgesetzt, daß dem Erben das fremde Eigentum nicht bekannt ist. Auch hier würde sich wieder zeigen, daß die bonae fidei possessio ein Vermögensrecht, ein in bonis habere ist, welches auf den Erben übergeht und im Erbfalle den Erwerb der Früchte begründet, ohne daß an der Sache ein Interdiktsbesitz stattfindet. Gerade hieraus erklärt es sich, daß hinsichtlich des Erfordernisses der bona fides des Erben für den Sklavenerwerb und ebenso

V. Bekanntlich läßt Julian den Fruchterwerb des Besitzers trotz mala fides superveniens bis zur Eviktion der Sache fortdauern,[48] im Gegensatz zu Pomponius, der bona fides im Zeitpunkt des Fruchtbezuges fordert.[49] Nach der Anschauung des ersteren empfängt der Besitz durch den Erwerb seine rechtliche Qualifikation: wer rechtmäßig und redlich den Besitz erworben hat, bleibt bonae fidei possessor, auch wenn er von dem fremden Eigentum Kenntnis erlangt. Die bon. fid. possessio hat hier den Charakter eines einmal begründeten Vermögensrechtes. Letzterer betont dagegen, daß das Vorhandensein einer bon. fid. poss. in jedem Augenblicke durch das rein thatsächliche Moment der bona fides selber bedingt sei. Daneben machte sich wohl noch ein praktischer Gesichtspunkt geltend. Zunächst die anstößige Inkongruenz mit der Usukapion, die trotz des Eintrittes der mala fides weiter fortläuft, während die seitdem bis zur Vollendung der Ersitzung gezogenen Früchte herausverlangt werden könnten.[50] Ferner auch die prekäre Lage des redlichen Erwerbers, der, nachdem er das fremde Eigentum erfahren hat, hinsichtlich des Fruchtbezuges, also der wirtschaftlichen Nutzung der Sache, nicht mehr gesichert ist und doch noch keinen Regreß gegen seinen Auktor nehmen kann.[51] Dieselbe Kontroverse tritt uns beim Sklavenerwerbe entgegen, ja sie scheint hier zuerst entstanden zu sein.

---

für den Fruchterwerb eine Meinungsverschiedenheit bestand. War der Erblasser dagegen malae fid. poss. eines fremden Sklaven, so bedurfte es für den Erben immer der Besitzergreifung, um durch ihn zu erwerben.

[48] l. 25 § 2 de usur. 22,1. — bonae fidei emptor quod ad percipiendos fructus intelligi debet, quamdiu evictus fundus non fuerit.

[49] Paul. l. 48 § 1 de A. R. D. 41,1. Quaeritur, si eo tempore quo mihi res traditur putem vendentis esse, deinde cognovero alienam esse, quia perseverat [usucapio], an fructus meos faciam. Pomponius verendum, ne non sit bonae fidei possessor, quamvis [usu]capiat: hoc enim ad ius, illud ad factum pertinere, ut quis bona aut mala fide possideat. Also ob eine Usukapion stattfinden könne, ist eine Rechtsfrage; ob jemand bon. fid. possessor sei, dagegen eine Thatfrage. Die ausgelassenen Worte „id est capionem“ sind eine offenbare Interpolation, die aber hinter „hoc enim“ hingehört.

[50] Und ebenso auch mit der act. Publiciana. Ganz kraß wird jene Inkongruenz bei der longi temporis possessio und der justinianischen Ersitzung, wo es vorkommen könnte, daß für die Früchte eines beinahe 10- bezw. 20jährigen Zeitraumes Ersatz geleistet werden müßte.

[51] Es scheint mir daher noch keineswegs so ausgemacht zu sein, daß Julian auch beim lukrativen Erwerbe der Sache der mala fides superveniens keine Bedeutung für den Fruchterwerb beimaß.

l. 25 § 2 de usur. 22, 1 Jul. l. 7 Dig. — nam et servus alienus quem bona fide emero tamdiu mihi ex re mea vel ex operis suis adquiret, quamdiu a me evictus non fuerit.

l. 23 § 1 de A. R. D. 41, 1. Ulp. l. 43 ad Sab. Tamdiu autem adquirit, quamdiu bona fide servit: ceterum si coeperit scire esse eum alienum vel liberum, videamus, an ei adquirit. Quaestio in eo est, utrum initium spectamus an singula momenta: et magis est, ut singula momenta spectemus.

Dabei bleiben jedoch zwei Punkte fraglich:

1. Ist nach Julian auch beim Erwerbe durch den dienenden Freien die mala fides superveniens unerheblich, wird also durch ihn so lange erworben, bis es zum Freiheitsprozesse kommt? Diese Annahme[52] wird durch l. 40 cit. nicht erwiesen. Denn wenn hier auch von dem Falle gesprochen wird, daß der Erbe, als er Besitz ergriff, die Freiheit des Menschen kannte, so folgt daraus noch nicht, daß die Entscheidung des Juristen anders ausfallen würde, wenn der besitzende Erbe erst später von der Freiheit des Dienenden Kenntnis erlangt hätte.[53] Übrigens würde man auch dann von ihm sagen können: sciens liberum possidere coepit = scire liberum eum esse coepit. Dawider spricht der Umstand, daß die vorhin hervorgehobene Inkongruenz zwischen Fruchterwerb und Ersitzung hier nicht vorhanden ist, da von letzterer ja nicht die Rede sein könnte. Auch ist es mindestens zweifelhaft, ob dem Käufer eines Freien ein Eviktionsanspruch versagt war, wenn er jenen freiwillig aus seiner Gewalt entlassen hatte, vorausgesetzt nur, daß er die Freiheit nachzuweisen vermochte. Und auch wenn man davon absieht, so liegt es doch auf der Hand, daß hier der Käufer oder sonstige Erwerber eine ganz andere Stellung hinsichtlich des erworbenen Gegenstandes einnimmt, als wenn es sich um einen fremden Sklaven oder eine

[52] Sie wird von Pernice a. a. O. S. 173 und von Czyhlarz a. a. O. S. 545 fg. vertreten.

[53] Kein Argument gewährt auch Ulp. l. 23 § 1 cit.: „si coeperit scire esse eum alienum vel liberum"; denn da er vorher überhaupt von dem „qui bona fide servit, sive servus alienus est sive homo liber est" gesprochen hat, so kann man auf die weitere Gleichstellung, zumal bei Ulpians Schreibweise, kein Gewicht legen und nicht etwa daraus schließen, daß die hervorgehobene quaestio sich auch auf beide bezogen habe.

andere Sache handelte. Denn wer wissentlich einen Freien als Sklaven zurückhält, handelt geradezu widerrechtlich.[54] Nun sollte er etwa gar ex operis eius nach wie vor erwerben können?

2. Ganz ausgeschlossen ist sicher auch nach Julians Meinung der Erwerb des Erben durch den vermeintlichen Sklaven, sobald ihm dessen testamentarische Freilassung bekannt geworden ist. Der Erbe, der wissentlich der letztwilligen Verfügung des Erblassers zuwider den Freigelassenen als Sklaven hält, konnte durch ihn nicht erwerben: um so weniger, als die Gewalt über den Freien nicht durch einen rechtmäßigen Erwerbsgrund erlangt ist. Ferner, wenn nach Julian selber der Erbe, ohne daß er den Besitz erlangt hatte, durch den in der Erbschaft befindlichen serviens erwerben konnte, vorausgesetzt daß er in bona fide war, so konnte auch die spätere Besitzergreifung für den Erwerb keine selbständige Bedeutung haben. Es würde mithin wie vor, so auch nach der Besitzergreifung durch die eintretende mala fides der Erwerb hier gehindert sein, und zwar ebenso beim servus alienus wie beim liber homo.[55]

§ 7. Erwerb des Besitzes.

I. Durch den servus fructuarius und den bona fide serviens kann auch Besitz erworben und usukapiert werden.[1] Bekannt ist, daß hinsichtlich des Besitzerwerbes durch den ersteren Zweifel bestanden, die selbst durch Papinians Autorität nicht

[54] Vgl. auch l. 4 pr. de hom. lib. exh. 43, 29, wo übrigens nicht mit Mommsen das tamen zu streichen ist, wie sich aus l. 3 § 5. 6 ergiebt. Zweifel erregt l. 4 § 1 eod. Sollte danach das interd. de hom. lib. exhib. auch gegen den bon. fid. emptor, der später von der Freiheit des Menschen Kenntnis erlangt hat, ausgeschlossen sein? Oder ist vielleicht daran gedacht, daß dieser „status controversiam facit" (l. 3 § 7 eod.)? Dann würde freilich die obige Aufstellung in betreff des Eviktionsanspruches des Käufers eines freien Menschen hinfällig werden. Doch will es scheinen, daß die Kompilatoren zwischen dem pr. und § 1 l. 4 (Trebatius quoque) ein Stück weggelassen haben. Was übrigens die l. Fabia anbetrifft, so ist zweifellos, daß nur der wissentliche Erwerber eines freien Menschen (qui liberum hominem emerit sciens dolo malo) haftet, l. 1. l. 3 pr. l. 4. l. 6 § 1 ad l. Fab. de plag. 48, 15.

[55] Ich bekenne jedoch, daß beim servus alienus Julians Meinung sehr fraglich bleibt.

[1] Gai. II. 94. Paul. l. 1 § 6. 8 de A. P. 41, 2. Pap. l. 49 pr. eod. Ulp. l. 21 de usufr. 7, 1.

ganz beseitigt zu sein scheinen.[2] Der Besitzerwerb beschränkt sich

[2] Gai. II. 94. De illo quaeritur, an per eum servum, in quo usumfructum habemus, possidere aliquam rem et usucapere possimus, quia ipsum non possidemus. Also den Besitzerwerb stellten einige Juristen in Abrede, da der Usufruktuar selbst keinen juristischen Besitz an dem Sklaven hat. Damit stimmt überein, daß derselbe Zweifel auch bestand hinsichtlich des Besitzerwerbes des Herrn durch seinen Sklaven während Dauer des Freiheitsprozesses (Gai. l. 25 § 2 de lib. causa 40, 12: — de possessione videbimus, cum ipsum post litem ordinatam desinat dominus possidere: sed magis est, ut adquirat, licet ab eo non possideatur) und durch den servus fugitivus (l. 1 § 14 de A. P. 41, 2. Per servum qui in fuga sit, nihil posse nos possidere Nerva filius ait). Gajus erklärt sich zwar nicht mit Bestimmtheit, es scheint jedoch, daß er den Nießbraucher Besitz erwerben läßt. Juristisch begründet wird diese Meinung von Papinian in l. 49 pr. eod. — cum et naturaliter a fructuario teneatur et plurimum ex iure possessio mutuetur. Einmal also steht der servus fructuarius in der thatsächlichen Gewalt des Nießbrauchers nicht weniger wie ein eigener Sklave, obwohl der dominus juristischer Besitzer bleibt; der Nießbraucher befindet sich somit auch in der Lage, eine Herrschaft über die von dem Sklaven in Besitz genommenen Sachen auszuüben. Sodann kommt hier die Rechtsnatur des Besitzes in Betracht; wem ein Sklave überhaupt Eigentum erwerben kann, für den muß er auch das Eigentum thatsächlich ausüben können (vgl. auch Jhering, Besitzesschutz Nr. IX), um der Rechtsfolgen willen, die mit dieser Ausübung verknüpft sind, wie Interdiktsschutz und Ersitzung. Dennoch scheint das gegen den Besitzerwerb durch den servus fructuarius geltend gemachte Bedenken auch nach Papinian noch aufgetaucht zu sein; denn noch Paulus findet nötig, es nachdrücklich zurückzuweisen. l. 1 § 8 de A. P. 41, 2: Per eum, in quo usumfructum habemus, possidere possumus, sicut ex operis suis adquirere nobis solet; nec ad rem pertinet, quod ipsum non possidemus: nam nec filium. Wäre zum Besitzerwerbe eigener Besitz an dem, durch den man erwirbt, erforderlich, so könnte man ja auch nicht durch seinen Haussohn Besitz erwerben, da der Gewalthaber diesen doch nicht besitzt. Jhering, Besitzwille S. 113 fg. meint, daß man noch zu Gajus Zeit wie an Sklaven, so auch an Hauskindern Besitz annahm. Aber ich glaube, gerade Gai. II. 90 spricht dagegen. Denn wenn es hier im Gegensatz zu den Hauskindern, durch die Besitz unzweifelhaft erworben wird, von den personae in manu mancipiove heißt: „an autem possessio adquiratur, quaeri solet, quia ipsas non possidemus,“ — so wird damit ein Besitz an Hauskindern noch nicht anerkannt. Es wäre auch unerklärlich, weshalb man einen Besitz an diesen und nicht an den personae in manu mancipiove angenommen haben sollte; wenn sogar die persona in mancipio trotz ihrer servilis condicio nicht im Besitze stehen soll, wie hätte da von einem Besitz an Hauskindern gesprochen werden können! Dieselben Juristen, welche den Besitzerwerb durch die personae in manu mancipiove leugneten, weil an diesen selbst kein Besitz stattfindet, ließen durch Hauskinder Besitz erwerben, trotzdem daß dieselben nicht besessen werden. Worauf sich diese, wie es scheint, widerspruchsvolle Ansicht gründete, darüber wage ich keine Vermutung. Trotzdem hat Jhering Recht, wenn er bemerkt, „daß die alte Jurisprudenz die bloße rechtliche Gewalt über die Person in Bezug auf den Erwerb des Besitzes nicht für ausreichend hielt.“ Nur wäre dazu folgen-

auf die beiden causae.[3] Da der bon. fid. possessor durch den serviens aus beiden causae überhaupt ebenso erwirbt, als ob dieser sein eigener Sklave wäre, so kann unter der gleichen Voraussetzung, wie dem Eigentümer, so auch dem Quasiherrn ohne sein Wissen Besitz erworben werden.[4]

Die gemeine Meinung forderte entschieden bona fides des angeblichen Herrn auch zum Besitzerwerbe durch den fremden Sklaven und den Freien. Wenn aber Paulus in l. 1 § 6 de A. P. 41, 2 bemerkt: „si mala fide eum possideamus, non puto adquiri nobis possessionem per eum", so ergiebt sich, daß noch zu seiner Zeit die Meinung Vertreter fand, daß jedem Besitzer des Menschen, und wohl auch ohne Beschränkung auf die duae causae, Besitz erworben werde.[5] Damit steht, wie es scheinen möchte, in engem Zusammenhange, daß nach Celsus durch einen fremden Sklaven, der von niemand, insbesondere nicht von seinem Herrn besessen wird, für einen dritten, in dessen Auftrag und Namen die Besitzergreifung stattfindet, Besitz erworben werden kann.[6] Kommt es auf den Besitz am Sklaven überhaupt nicht an, um Besitz durch ihn zu erwerben, so durfte auch die rechtliche

---

des zu bemerken: 1. Jene Auffassung wurde nicht in strenger Konsequenz durchgeführt. So findet sich in den Quellen keine Spur davon, daß man jemals den Besitzerwerb durch das dem Gewalthaber weggelaufene oder als gewaltfrei — wenn auch bona fide — auftretende Hauskind in Frage gestellt hätte. Vgl. auch Schmidt a. a. O. S. 27. 2. Auch die spätere Zeit forderte zum Besitzerwerb durch den Sklaven grundsätzlich, daß man ihn selbst besitze, wobei es freilich im einzelnen Falle an Streitfragen nicht fehlte; vgl. l. 1 § 15 de A. P. 41, 2. (Anm. 11.) 3. Es war lediglich Doktrinarismus, wenn einige Juristen den Besitzerwerb durch die personae in manu mancipiove und den servus fructuarius wegen Mangels des juristischen Besitzes an diesen nicht zuließen, da doch diese nicht minder in der thatsächlichen Gewalt stehen, wie Hauskinder und eigene Sklaven. 4. Die Bedenken, die sich Kuntze S. 35 macht, ob wie der Besitzerwerb, so auch die Usukapion durch den servus fructuarius angenommen wurde, sind völlig ungegründet; auf die letztere wird es wohl auch hauptsächlich angekommen sein; vgl. Gai. II. 94.

[3] Sehr bestimmt hebt dies Gai. l. c. hervor; vgl. die Stellen in Anm. 1. Auch in dieser Einschränkung tritt die Rechtsnatur des Besitzes hervor.

[4] S. 143 Anm. 78. Jul. l. 7 § 8 pro empt. 41, 4: — sicut traditione, ita usucapione rem nostram faciemus interveniente libera persona (sc. quae b. f. nob. servit), et si peculii nomine, quod nos sequi debet, emptio contracta fuerit, etiam ignorantes usucapiemus.

[5] Vgl. Pernice a. a. O. S. 172.

[6] l. 34 § 2 de A. P. 41, 2. l. 31 § 2 de usurp. 41, 3. Zu diesem Satze konnte man erst gelangen, nachdem der Besitzerwerb durch freie Stellvertreter anerkannt war.

Beschaffenheit des Besitzes selber als gleichgültig erscheinen. Ferner aber konnte man auch, indem man von der thatsächlichen Natur des Besitzes ausging, leicht zu der Folgerung gelangen, daß, wer den fremden Sklaven besitzt, durch ihn auch die von ihm selbst in Besitz genommene Sache besitzen müsse.[7] Bei dieser Auffassung konnte aber von einer Unterscheidung zwischen iusta und iniusta, bonae und malae fidei possessio am Sklaven, Besitzerwerb ex re possessoris und ex re alterius nicht die Rede sein.[8]

Dem gegenüber machte sich aber der Rechtscharakter des Besitzes geltend. Dieser erheischte, auch für den Erwerb des Besitzes durch den besessenen Sklaven an den Voraussetzungen des Eigentumserwerbes festzuhalten.[9] Hierin liegt auch kein Widerspruch mit dem Besitzerwerbe des von niemand besessenen (in possessione libertatis befindlichen) Sklaven für einen dritten. Denn diesem steht der fremde Sklave hier nicht anders wie ein freier Stellvertreter gegenüber, indem er durch seinen freien Willen dem dritten Besitz erwirbt: während dort der Besitzerwerb für den Nichteigentümer, ebenso wie der Rechtserwerb ohne Rück-

[7] Vgl. Jhering a. a. O. S. 114 a. E.

[8] Diejenigen, welche — wie Javol. l. 34 de stip. serv. 45, 3. l. 23 § 2 de A. P. 41, 2 — einen Besitz am freien Menschen bei Kenntnis der Freiheit überhaupt nicht annahmen, konnten natürlich auch einen Besitzerwerb und Usukapion durch ihn nicht zulassen. — Höchst drastisch tritt übrigens die ursprüngliche sinnliche Anschauung von dem Besitzerwerbe durch die besessene Person in der Anfrage der l. 23 § 2 cit. hervor: Si vinxero liberum hominem ita, ut eum possideam, an omnia quae is possidebat, ego possideam per illum? Also wer die Person besitzt, besitzt auch das von ihr Besessene. Das giebt indirekt auch Javolenus zu, wenn er antwortet, daß man durch physische Überwältigung keinen Besitz an dem freien Menschen erlange und daher „multo minus per illum res eius a te possidebuntur“. Wenn der Jurist zum Schlusse bemerkt: „neque enim rerum natura recipit, ut per eum aliquid possidere possimus, quem civiliter in mea potestate non habeo“, so will er damit nicht etwa sagen, daß man nur durch diejenigen, quos in potestate manu mancipiove habemus, besitzen könne, sondern er verlangt, wie für den Rechtserwerb, so auch für den Besitzerwerb ein rechtmäßig begründetes Gewaltverhältnis, und rechtmäßig begründet ist es nicht, wenn ich die Freiheit des Menschen kenne, also nur beim bona fide serviens. Bei später erlangter Kenntnis von der Freiheit leugnet wohl auch Javolenus das possidere nicht. Vgl. S. 153.

[9] Aus demselben Grunde läßt Julian auch den Pfandgläubiger durch den verpfändeten Sklaven keinen Besitz erwerben, und diese Ansicht ist durchgedrungen. l. 37 pr. de A. R. D. 41, 1. Per servum qui pignori datus est creditori nec possessio adquiritur, quia nec stipulatione nec [mancipatione] nec ullo alio modo per eum adquiritur, quamvis possessio penes eum sit. l. 1 § 15 de A. P. 41, 2. Vgl. S. 137.

sicht auf den Vertretungswillen des Sklaven kraft des Gewaltverhältnisses erfolgt, in welchem sich dieser bei jenem befindet, ein solches Gewaltverhältnis mit rechtlicher Wirkung aber im Falle der malae fidei possessio überhaupt nicht anerkannt ist.[10]

II. Wenn nun auch durch den serviens kein Besitz erworben wird — sei es daß sein Herr malae fidei possessor ist, sei es daß der Erwerb nicht ex re eius oder ex operis des Dienenden gemacht ist —, so erwirbt doch, entgegen der für den Rechtserwerb geltenden Regel, nicht der dominus des Sklaven oder der liber homo für sich selbst Besitz und ist somit auch die Usukapion für sie ausgeschlossen.[11] Dies gilt auch in dem Falle, der vorzugsweise von praktischer Bedeutung ist, nämlich wenn der Erwerb vom Sklaven ex causa peculiari gemacht ist.

> l. 54 § 4 de A. R. D. 41, 1. Pomp. Sed nec per servum alienum, quem nos bona fide possidemus, dominus peculiari nomine ignorans usucapere poterit.

Dagegen erwirbt der Vater durch sein Hauskind Besitz, auch wenn es thatsächlich sich nicht in seiner Gewalt befindet. Ulpian geht noch weiter und läßt für den Gewalthaber Besitz durch das Hauskind selbst dann noch erwerben, wenn es von einem dritten

---

[10] Dies verkennt z. B. Savigny, R. d. Besitzes S. 312 Anm. 2.

[11] Paul. l. 1 § 6 cit. — sed nec vero domino aut sibi adquiret, qui ab alio possidetur (sc. mala fide). Pomp. l. 54 § 4 de A. R. D. 41, 1. Quidquid liber homo vel alienus, qui bona fide nobis servit, non adquirit nobis, id vel sibi liber vel alienus servus domino suo adquirit, excepto eo, ut liber homo possidendo usucapere possit, quia nec possidere intelligitur, qui ipse possideretur; vgl. Jav. l. 23 § 1 de A. P. 41, 2. Daß Proculus l. 21 pr. de A. R. D. Besitzerwerb für den liber homo annehme, ist unbegründet, vgl. S. 36. Pininski, Besitzerwerb II. S. 498 Anm., behauptet, daß der vermeintliche Sklave dann für sich Besitz erwerbe, wenn der Herr den Rechtszustand desselben kennt, weil er dann nicht im Besitze stehe. Dem widerspricht schon l. 1 § 6 cit. Auf die mala fides des angeblichen Herrn kommt es zunächst gar nicht an, sondern darauf, daß sich der Freie thatsächlich in servitute befindet (vgl. auch l. 118 de R. J., wo unter dem „qui in servitute est“ nicht etwa der servus hostium zu verstehen ist; l. 1 § 1 ex qu. ca. mai. 4, 6). Und dies kann auch trotz der mala fides des Besitzers der Fall sein; ja sogar wenn dieser sciens liberum possidere coepit, so wenn der gekaufte Freie bisher in Sklavenstellung sich befand und etwa auch vom Verkäufer für einen Sklaven gehalten wurde. Das ist freilich klar, daß die bloße widerrechtliche Gefangenhaltung dem Freien die Besitzfähigkeit noch nicht nimmt; vgl. Anm. 8. S. 153 Anm. 28. — Auf demselben Prinzip beruht, daß der Eigentümer auch durch den verpfändeten Sklaven keinen Besitz erwirbt; denn nicht er, sondern der Pfandgläubiger besitzt ihn. Jul. l. 1 § 15 de A. P. 41, 2.

als Sklave besessen wird, was dem sonst anerkannten Grundsatze, daß man durch die im Besitze eines anderen befindliche Person nicht selbst besitzen könne, widerspricht.

> l. 4 de A. P. 41, 2. Ulp. l. 67 ad Ed. Quidquid filius peculiari nomine adprehenderit, id statim pater eius possidet, quamvis ignoret in sua potestate filium.[12] Amplius etiam si filius ab alio tamquam servus possideatur, idem erit probandum.

Diese Entscheidung läßt sich nicht damit rechtfertigen, daß die väterliche Gewalt trotz jener faktischen Sklavenstellung fortbesteht; denn der Besitz des dritten hebt auch die potestas dominica nicht auf und macht dennoch den Besitzerwerb des Herrn durch den Sklaven unmöglich. Die Folgerung aber, daß, weil der Besitzerwerb des Vaters durch das Hauskind nicht durch Besitz an diesem bedingt ist, nun auch der Besitz des dritten als juristisch bedeutungslos für den Besitzerwerb des Gewalthabers erscheinen müsse, beruht auf einem offenbaren Fehlschluß.[13] Vielmehr da der von einem anderen als Sklave besessene freie Mensch überhaupt die Besitzfähigkeit verliert, so kann er weder für sich selbst, noch, wenn er alieno iuri subiectus ist, für seinen Gewalthaber Besitz ausüben und erwerben, sondern einzig für seinen gegenwärtigen Besitzer (den Quasiherrn), soweit die Voraussetzungen des Besitzerwerbes bei diesem zutreffen.

---

[12] Fraglich, wie der Fall zu denken ist, daß der Vater von seiner potestas keine Kenntnis hat und doch der Sohn ein Pekulium besitzt. Vielleicht hielt er den Haussohn für verstorben? Das hätte aber der Jurist ausgesprochen. Oder er hielt irrtümlich die väterliche Gewalt für gelöst, etwa durch vermeintlichen Verlust der Civität oder indem der Haussohn nur einmal manzipiert und manumittiert war? Ein möglicher aber nicht sehr wahrscheinlicher Fall. Vermutlich hatte Ulpian den Fall im Sinne, daß der Vater den Sohn von Anfang an als nicht in seiner potestas stehend angesehen und ihm Vermögensstücke geschenkt hatte, so daß er für eigenes Vermögen des Sohnes hielt, was nur Pekulium war.

[13] Schon die Glosse hat richtig erkannt, daß Ulpians Ansicht sich darauf gründet, daß durch das Hauskind „ratione potestatis“, durch den Sklaven „ratione possessionis“ Besitz erworben werde. Cujacius observ. l. 25 c. 5 führt diesen Gedanken weiter aus; vgl. auch Chesius interpret. II. c. 10 (Heineccii iurisprud. Rom. II p. 535).

§ 8. Erwerb aus Schenkungen und letztwilligen Verfügungen.

Der Erwerb des servus fructuarius und des bona fide serviens, welcher weder ex re des Nießbrauchers oder Besitzers, noch ex operis der ersteren gemacht ist, fällt an den dominus, bezw., wenn der als Sklave Dienende ein Freier ist, an diesen selbst. Das gilt von Erbeinsetzungen, Schenkungen und Vermächtnissen.[1] Dieser Grundsatz wurde jedoch keineswegs ganz glatt durchgeführt.

I. Am wenigsten Schwierigkeit bereitete die Schenkung.[2] Die Regel ist, daß aus ihr der Eigentümer des Sklaven oder der bona fide serviens selbst erwirbt. Aber dabei konnte man den Willen des Schenkgebers nicht ganz unbeachtet lassen. War nämlich die Schenkungsabsicht gerade auf den Nießbraucher oder den bonae fidei possessor, als den vermeintlichen Herrn, nicht auf den dominus oder den wirklichen bezw. vermeintlichen Sklaven selbst gerichtet, so daß der Geber durch den Empfänger jenem die Zuwendung machen wollte, so mußte auch jener den Erwerb machen.

> l. 22 de usufr. 7, 1. Ulp. l. 18 ad Sab. Sed et si quid donetur servo, in quo ususfructus alterius est, quaeritur, quid fieri oporteat. Et in omnibus istis,[3] si quidem contemplatione fructuarii aliquid ei [relictum vel] donatum est, ipsi adquiret; sin vero proprietarii, proprietario; si ipsius servi, adquiretur domino nec distinguimus, unde cognitum eum et cuius merito habuit, qui donavit [vel reliquit].[4]

---

[1] Gai. II, 91 = l. 10 § 3 de A. R. D. 41, 1 = § 4 J. p. q. pers. nob. adq. 2, 9.

[2] Vgl. überhaupt S. 58 fg.

[3] Eine handgreifliche Interpolation. Ulpian hatte wohl geschrieben: quaeritur, cui adquiratur. Et ... und möglicherweise sich auf Autoritäten berufen. Auch die im Text eingeklammerten Worte sind sicher mit Rücksicht auf die vorangehende, vom Vermächtnis handelnde Stelle interpoliert; vergl. Lenel, palingen. II. p. 1072.

[4] Ebenso erwirbt nach dem Schlusse der Stelle das dem Sklaven condicionis implendae causa Geleistete der Nießbraucher, wenn contemplatione fructuarii die Bedingung beigefügt war, wobei man freilich nicht soweit ging, daß es diesem etwa auch nach Beendigung des Nießbrauches hätte geleistet

l. 49 de A. R. D. 41, 1. Paul l. 9 ad Plaut.[5] — si autem extraneus ei donet indistincte, soli proprietario adquiritur.

Man wird auch nicht sagen können, daß hierdurch der den Erwerb des servus fructuarius und des bona fide serviens regelnde Grundsatz durchbrochen wird. Dieser erwirbt hier vielmehr als Vertreter des Nießbrauchers oder bon. fid. possessor. Das ist ganz klar, wenn letzteren gegenüber der Schenkungswille selbst erklärt ist, so daß mit dem Sklaven nur das die Schenkung perfizierende Rechtsgeschäft vollzogen wird. Anders ist es aber auch nicht wenn der Schenker dem Sklaven erklärt, daß die Sache für den Nießbraucher oder seinen vermeintlichen Herrn bestimmt ist, zumal wenn die Manzipation oder Stipulation auf deren Namen gestellt wird.[6] Jedoch auch ohne ausdrückliche Erklärung kann die besondere Absicht sich aus den Umständen ergeben. So wenn der Schenker den Proprietar gar nicht kennt oder den Nießbraucher für den Eigentümer hält,[7] falls er nicht eben dem Sklaven selber die Gunst erweisen wollte.

II. Anders steht es bei den letztwilligen Verfügungen. Wer in der Absicht, dem Nießbraucher oder dem bon. fid. possessor, den er selbst für den Herrn hält, zu schenken, dem Sklaven manzipiert, tradiert, promittiert, bedient sich desselben nur als Mittelsperson, durch die der Erwerb für jenen vollzogen werden soll. Daß nun aber gerade in der Absicht, den Nießbraucher (oder den vermeintlichen Herrn) und nur diesen zu honorieren, der Sklave zum Erben eingesetzt oder ihm vermacht werden könnte, will nicht recht denkbar erscheinen. Dort wird die Zuwendung an den

werden können. Auch aus der mortis causa donatio soll unter gleicher Voraussetzung der Nießbraucher erwerben, in welchem Falle auch die Perfektion der Schenkung an sein, nicht an des Sklaven oder des Proprietars Überleben geknüpft wäre, vgl. l. 23 de m. c. don. 39, 5. Ein anderer Fall noch in l. 25 pr. de usufr. 7, 1 Sed et si quid stipuletur sibi aut Sticho servo fructuario donandi causa, dum vult fructuario praestitum, dicendum, si ei solvatur, fructuario adquiri.

[5] S. oben S. 130. 131.

[6] l. 24 de usufr. 7, 1. Si quis donaturus usufructuario spoponderit servo in quem usumfructum habet stipulanti, ipsi usufructuario obligabitur. (Paul.)

[7] Speziell auf den dominus wird bei der Schenkung an den von einem anderen bona fide besessenen Sklaven die Absicht des Schenkers natürlich nicht gerichtet sein können, da hier der Besitzer für den Herrn gehalten wird.

Nießbraucher oder bon. fid. possessor realisiert durch das mit dem Sklaven eingegangene Rechtsgeschäft. Das wird man doch beim Vermächtnis nicht sagen können, um so weniger als es nicht schon mit seiner Errichtung, sondern erst mit dem Tode des Erblassers in Wirksamkeit tritt. Wollte dieser dem Nießbraucher — und ebenso wollte er dem Herrn — die Zuwendung machen, so bot sich dazu das einfache Mittel dar, daß er diesem das Vermächtnis hinterließ. Würde doch auch, wenn inzwischen der Nießbrauch untergeht — ebenso wenn der Sklave freigelassen oder verkauft wird — jene Absicht des Erblassers vereitelt werden. Was vom Vermächtnis, gilt hier aber auch von der Erbeinsetzung.

So möchte es denn scheinen, daß durch die letztwillige Verfügung gerade der Sklave (bezw. der als Sklave dienende Freie) honoriert ist, daß immer nur ipsius contemplatione seine Erbeinsetzung erfolgt, das Vermächtnis ihm gegeben wird. So könnte aber immer nur der Eigentümer des Sklaven den Erwerb machen, mag der Sklave im Nießbrauch oder im redlichen Besitz eines anderen stehen, bezw. der serviens selbst, wenn er ein Freier ist. Dieser Annahme gereicht auch zur Unterstützung, daß bei einer Honorierung eines communis servus stets alle Herren pro parte dominica erwerben; nirgends findet sich — was schwerlich ein bloßer Zufall ist — in den Quellen eine Andeutung, daß dem einem der Herren allein das Vermächtnis oder die Erbschaft zufiele, wenn der Erblasser bei seiner Verfügung diesen im Sinne gehabt hätte.[8]

---

[8] Ganz anders liegt die Sache da, wo es sich um die Herausgabe von Erbschaften und Vermächtnissen, die durch den eigenen Sklaven, dessen Restitution in Frage steht, erworben sind. So behält der Ehemann nur den ex re sua und ex operis des servus dotalis gemachten Erwerb desselben und hat mithin auch die diesem hinterlassenen Erbschaften und Vermächtnisse zu restituieren, falls der Sklave nicht „respectu mariti heres sit institutus vel ei legatum datum“. Pomp. Ulp. l. 19 pr. de pec. 15,1. l. 65 de J. D. 23,3. („quod testator noluit ad maritum pertinere“; danach hätte die Frau den Beweis zu führen; zweifelhaft bleibt, ob dies auch die Meinung der übrigen Juristen ist). Jul. l. 45 § 1 de A. H. 29, 2; vgl. l. 47 de J. D. l. 31 § 4 sol. matr. 24, 3. Dagegen wird auf die Absicht des Erblassers kein Gewicht gelegt bei den einem verkauften Sklaven vor der Tradition zugefallenen Erbschaften und Vermächtnissen (Ulp. l. 13 § 18 de A. E. V. 19,1 — hereditates quoque per servum adquisitae et legata omnia, nec distinguendum, cuius respectu ista sint relicta), da der Verkäufer überhaupt keinen Gewinn durch diesen Sklaven machen soll. (Vgl. auch l. 38 § 5. l. 40 de H. J. 28, 5.) Dasselbe gilt bei der Redhibition des gekauften Sklaven. (l. 23 § 9 de aed. ed. 21, 1:

Andererseits aber mochte es bedenklich erscheinen, jemand die Erbschaft oder das Vermächtnis erwerben zu lassen, dem der Erblasser eine Liberalität gar nicht erweisen wollte, oder an den er gar nicht gedacht hatte, wie es doch beim servus alienus bona fide possessus hinsichtlich des Eigentümers regelmäßig der Fall ist. So ist es denn erklärlich genug, daß über die Frage Meinungsverschiedenheiten bestanden.[9] Labeo scheint — wenigstens beim servus fructuarius — zuerst darauf Gewicht gelegt zu haben, „cuius gratia vel heres institutus sit vel legatum acceperit."[10] Gegen den Erwerb von Erbschaften und Vermächtnissen durch den servus fructuarius und den bona fide serviens überhaupt, erklären sich auf das bestimmteste Ulpian[11] und

— Pedius quidem etiam illud non putat esse spectandum, cuius contemplatione testator servum heredem scripserit vel ei legaverit.) — Schwer begreiflich ist, was Ulpian l. 13 § 18 cit. sagt: „Si quid servo distracto venditor donavit ante traditionem, hoc quoque restitui debet". Denn es kann immer nur die Herausgabe des Gewinnes, den der Verkäufer durch den Sklaven gemacht hat, in Frage kommen. Ein solcher liegt aber bei einer Schenkung des Verkäufers an den Sklaven offenbar nicht vor. Die Schenkung an den eigenen Sklaven überträgt doch überhaupt keine Rechte; und wenn man von einem Erwerbe des Sklaven hier reden wollte, so könnte man ihn nur als einen solchen bezeichnen, der ex re venditoris gemacht ist. Gerade dieser würde aber nach § 13 ibid. der Herausgabe an den Käufer nicht unterliegen; auch ist er bei der Redhibition des Sklaven ausgenommen. (l. 24 de aed. ed. 21, 1.) Alles erwogen, wird die Annahme nahegelegt, daß der Text korrumpiert ist. Es kann sich hier nur um die Schenkung seitens eines dritten handeln, und so würde mit Streichung von venditor zu lesen sein: si quis.

[9] Bei weitem am besten, aber auch nicht eindringend, handelt über die Frage Donellus comm. iur. civ. IX. c. 6. nr. 30-34. 38-41.

[10] l. 21 de usufr. 7, 1.

[11] l. 25 pr. de A. H. 29, 2. Si quis mihi bona fide serviat servus alienus, iussu meo hereditatem adeundo nihil promovebit nec adquiret mihi, nec fructuarius quidem servus. (Sollte der Schluß nicht Glossem oder Interpolation sein, entnommen aus l. 45 § 3 de A. H. 29, 2.?) Auch Vat. fgm. 71 (= l. 21 de usufr.), wo die Ergänzung freilich zweifelhaft bleibt. Ich möchte den Schluß (abweichend von Lenel paling. II. p. 1061) lesen: quod vero ex alia causa, proprietario adquirit; et si heres institutus sit vel legatum acceperit, puto proprietario (oder: non puto fructuario) quaeri, quamvis Labeo distinguat ... Mit Benutzung der in der Handschrift gebräuchlichen Siglen entspricht diese Ergänzung genau der sonstigen Zeilenlänge, während Lenels Ergänzung, abgesehen von allem anderen, sie erheblich überschreitet. Mommsens Bedenken wegen des Wortes „quaeri" scheint ungegründet, s. z. B. l. 25 § 3. 6 de usufr. Seine eigene Ergänzung ist unmöglich; denn daß dem Nießbraucher schon dem Prinzip nach und ausnahmslos die dem servus fructuarius hinterlassenen Erbschaften und Vermächtnisse zufallen, hat kein Jurist behauptet.

Paulus;[12] auch Julian scheint den Erbschaftserwerb durch den servus fructuarius nicht zuzulassen, während er sich hinsichtlich des bona fide serviens unentschieden äußert;[13] Aristo[14] und Pomponius[15] lassen den bonae fidei possessor durch den serviens keine Erbschaft erwerben, und wir werden wohl annehmen können, daß sie in betreff des Usufruktuars derselben Meinung waren. So scheint es denn, daß die herrschende Meinung dahin ging, daß ein Erbschafts- und Vermächtniserwerb durch den servus fructuarius und den bona fide serviens überhaupt nicht stattfinden könne.[16]

Es fragt sich nur: wie war die entgegengesetzte Auffassung mit dem Grundsatz, daß dem Nießbraucher und bonae fidei possessor bloß ex re sua vel ex operis servi erworben wird, in Einklang zu bringen? Bei den Vermächtnissen ging dies leichter. Man mochte sich die Sache vielleicht so zurechtlegen, daß doch der Sklave selbst keine Erwerbshandlung vornehme, sondern daß das den Gegenstand des Vermächtnisses an den Sklaven bildende Recht (Eigentum, Forderung) sofort in der Person des Nießbrauchers oder bon. fid. possessor begründet werde, da dieser es ist, dem der Erblasser die Zuwendung machen wollte. Mehr Schwierigkeit bereitete der Fall der Erbeinsetzung, da es

---

[12] l. 47 de A. R. D. 41, 1. Fructuario hereditas adquiri non potest. l. 22 § 4 ad l. Corn. de fals. 48, 10. — neque legatum neque hereditas bonae fidei possessori adquiritur.

[13] l. 45 § 3 de A. H. 29, 2. Nec fructuarius quidem servus iussu eius, qui usumfructum in eo habet, adire hereditatem poterit. Es bleibt aber möglich, daß Julian, wenn der Sklave propter fructuarium eingesetzt war, ebenso wie beim bona fide serviens in l. 45 § 4 eod., nicht direkt die entgegengesetzte Ansicht verwarf.

[14] Pomp. l. 19 de A. R. D. 41, 1. Liber homo qui bona fide mihi servit, quod ex operis suis aut ex re mea pararet, ad me pertinere sine dubio Aristo ait: quod vero quis ei donaverit ad ipsum pertinere. Sed hereditatem legatumve non adquiri mihi per eum, quia neque ex re mea neque ex operis suis id sit . . . verius esse non adquiri, etiamsi testator ad me voluisset pertinere.

[15] l. 54 pr. eod.

[16] Die Kompilatoren haben beim servus fructuarius die Auffassung des Labeo gebilligt, wie aus den in l. 21. 22 de usufr. 7, 1 vorgenommenen Interpolationen hervorgeht. Danach müssen die widersprechenden Stellen auf den Fall beschränkt werden, daß der Sklave nicht fructuarii gratia honoriert war. Welcher Ansicht sie beim servus alienus und liber homo bona fide serviens waren, läßt sich mit Sicherheit nicht sagen; doch scheint es, daß sie hier die herrschende Meinung vorzogen.

zum Erwerbe der Erbschaft des Antrittes, also eines durch den Eingesetzten (den Sklaven oder vermeintlichen Sklaven) selbst vorzunehmenden Erwerbsaktes bedarf. Aber gerade hieran klammerten sich diejenigen, welche die Erbschaft dem Nießbraucher oder bon. fidei possessor — wenigstens für den Fall, daß der Testator gerade mit Rücksicht auf ihn den Sklaven eingesetzt hatte — zusprachen. Der Erwerb finde auch hier ex operis servi statt, denn eben in dem adire hereditatem bestehe die opera. Selbst von Aristo wird diese Auffassung nicht geradezu verworfen,[17] und daß sie noch zu Julians Zeiten Anhänger fand, geht daraus hervor, daß dieser sich veranlaßt sieht, entschiedenen Widerspruch gegen sie zu erheben und ihre Unrichtigkeit durch ihre Konsequenzen beim servus dotalis und bei der Erwerbsgesellschaft darzuthun.[18] Jene Auffassung wäre ja auch nur dann begründet, wenn Erbschaften wie herrenlose Sachen, etwa wie res derelictae oder res quae terra mari coeloque capiuntur, für jedermann zum Erwerbe durch eigene Thätigkeit bereit lägen. Bei ihr wäre ferner folgerecht darauf gar kein Gewicht zu legen, ob der Testator überhaupt dem Usufruktuar oder bon. fid. poss. des Sklaven die Erbschaft zuwenden wollte. Und endlich würde sie dahin führen, daß jeglicher Erwerb durch Rechtshandlungen des servus fructuarius und des bona fide serviens, da er bei diesen doch immer thätig ist, dem Nießbraucher und bon. fid. possessor zufallen müßte.[19]

Dennoch scheint Julian nicht ganz abgeneigt, den Erbschafts-

---

[17] l. 19 cit. — nec ulla eius opera esset in legato, in hereditate aliquatenus, quia per ipsum adiretur (quod et Varium Lucullum aliquando dubitasse), sed verius . . Anm. 14. (An die Stelle von Var. Luc., von dem wir sonst nichts wissen, setzt Mommsen Varro Lucullus, wogegen sich Pernice a. a. O. S. 170 Anm. 66 erklärt. Sollte sich nicht vielleicht unter jenem Namen Vitellius verstecken? Beiläufig bemerkt, bezeugt l. 3 § 1 de pen. leg. 33, 9 nicht, wie Krüger, Gesch. d. röm. R. S. 164 Anm. 148 annimmt, notae des Aristo ad Vitellium, sondern nur zu den libri Sabini ad Vitellium.)

[18] l. 45 pr. de A. H. 29, 2. Aditio hereditatis non est in opera servili. Sonst müßte, was von dem Erwerbe ex operis gilt, auch auf die erworbene Erbschaft Anwendung finden. Der Ehemann könnte die von dem Dotalsklaven erworbene Erbschaft behalten, der Gesellschafter müßte die von ihm erworbene Erbschaft in die societas quaestus et compendii einwerfen (§ 1. 2 ibid.) Vgl. Paul. l. 47 de A. R. D. 41, 1 — in operis servi hereditas non est.

[19] Vgl. S. 140 fg.

erwerb durch den als Sklaven dienenden Freien — und dasselbe müßte auch beim servus alienus bona fide serviens und beim servus fructuarius gelten — anzuerkennen, indem er ihn unter die Kategorie des Erwerbes ex re bonae fidei possessoris bringt.

l. 45 § 4 de A. H. 29, 2. Jul. l. 1 ad Urs. Fer. Et quod a quibusdam respondetur, si liber homo, qui bona fide mihi serviebat, propter me heres institutus erit, posse eum iussu meo adire hereditatem, potest verum esse, ut intellegatur non opera sua mihi adquirere, sed ex re mea, sicut stipulando et per traditionem [mancipio] accipiendo ex re mea mihi adquirat.

Das ist nun freilich eine Verlegenheitskonstruktion der schlimmsten Art, um der Nötigung zu entgehen, bei der Erbschaft eine wie immer gerechtfertigte Ausnahme von der für den Erwerb durch den bona fide serviens sonst geltenden Regel anzuerkennen, und um die Folgerung zu vermeiden, daß jede Erbschaft durch letzteren erworben werde. Weil der Testator den serviens mit Rücksicht auf seinen vermeintlichen Herrn eingesetzt hat, so müsse, wenn jener iussu desselben die Erbschaft antritt, der Erwerb als ex re des bon. fid. possessor gemacht angesehen werden.[20] Dabei hätte man noch hinzuzudenken, daß einzig der Quasiherr, nicht der bona fide serviens selbst die Erbschaft erwerben könnte. Dann wäre aber auch die Folgerung unvermeidlich, daß letzterer die Erbschaft überhaupt nur iussu des bon. fid. possessor für diesen, nicht für sich selbst antreten könnte, so lange er noch in der Sklavenstellung sich befindet.

Der Grundsatz nun, daß Erbschaften und Vermächtnisse durch den servus fructuarius und bona fide serviens nicht erworben werden, entsprach nicht allein der Rechtskonsequenz, sondern empfahl sich auch durch seine praktische Brauchbarkeit. Denn er schafft ein klares Rechtsverhältnis, indem die Wirkung des Erbschaftsantrittes und Vermächtniserwerbes nicht von der Vorfrage abhängig gemacht wird, mit Rücksicht auf wen der Erb-

---

[20] Eine gewisse Berechtigung hätte jene Konstruktion in dem Falle, wenn die Sache, welche dem vermeintlichen Herrn geschenkt werden sollte, dem bona fide serviens manzipiert wird; vgl. S. 141.

lasser die letztwillige Verfügung getroffen hatte.[21] Nur der Eigentümer kann durch den Sklaven, nur für sich selbst kann der Freie Erbschaften und Vermächtnisse erwerben. Der vom Nießbraucher oder bon. fid. possessor erteilte iussus adeundi hat keine Wirkung, was bei ersterem sofort feststeht, bei letzterem freilich erst dann sich ergiebt, wenn es sich herausstellt, daß der zum Erben Eingesetzte nicht sein Sklave ist.

Allerdings könnte es so kommen, daß hier die Erbschaft oder das Vermächtnis an jemand gelangt, den der Erblasser gar nicht im Sinne hatte, und es fragt sich, wie man dem Willen desselben gerecht wurde. Ein eigentliches Bedürfnis der Abhilfe lag hier nicht vor, da ja der Testator dem die Zuwendung machen konnte, den er in Wahrheit meinte. Und stellte man hier die Frage nach dem Willen des Erblassers, so hätte man bei der Erbeinsetzung oder sonstigen Honorierung eines Sklaven überhaupt ebenso verfahren müssen; davon ist uns aber aus den Quellen nichts bekannt. Es ist daher immerhin auffallend, wenn Aristo, der einen Erbschaftserwerb durch den liber homo bona fide serviens unter keinen Umständen zuläßt, hinzufügt: „sed licet ei minime adquirit, attamen si voluntas evidens testatoris appareat, restituendam esse ei hereditatem“ (l. 19 cit.). Jedoch, daß dieser Satz interpoliert ist, wird sich auch nicht mit annähernder Sicherheit behaupten lassen.[22] Fassen wir daher nur seinen Inhalt ins Auge, so leuchtet es ein, daß er von einem stillschweigenden Fideikommiß verstanden werden muß, durch das der bona fide serviens als Erbe zur Herausgabe der Erbschaft verpflichtet ist, falls der bisherige vermeintliche Herr die evidens voluntas testatoris, daß an ihn die Erbschaft gelangen sollte, nachweist.[23] Wie würde sich nun aber dann das Verhältnis praktisch

[21] Wenn man konsequent sein wollte, hätte man übrigens unter der gleichen Voraussetzung auch den malae fidei possessor zum Erbschaftserwerbe zulassen müssen.

[22] Lenel paling. II. p. 91 n. 1 ist zur Annahme einer Interpolation geneigt wegen des Wortes „minime“ und des mit dem Indikativ verbundenen „licet“. Uns würde weniger die Sprache (vgl. Kalb, Roms Juristen S. 5. 66. 89.), als der Inhalt des Satzes dazu bestimmen. Aber andererseits macht wieder bedenklich, daß er Justinians Verordnung in l. 21 C. de iure delib. 6, 30 (vgl. Anm. 41) nicht entspricht.

[23] Es wird kaum bezweifelt werden dürfen, daß dieselbe Auffassung auch beim servus fructuarius und alienus bona fide possessus vertreten wurde. Wie sich da das Verhältnis gestaltete, brauche ich nicht weiter durchzuführen.

gestalten? Ist der frühere vermeintliche Herr im Besitze der auf sein Geheiß angetretenen Erbschaft, so könnte er die hereditatis petitio des eingesetzten Erben mit exc. doli zurückweisen. Besitzt aber dieser selbst die Erbschaft — und an diesen Fall scheint allein gedacht zu sein —, so wird der frühere Herr von ihm die Herausgabe ex fideicommisso verlangen können. Nun dürfte aber der Fall, daß die iussu des angeblichen Herrn von dem serviens angetretene Erbschaft zu der Zeit, wo seine Freiheit festgestellt ist, sich noch in seinem Besitze befindet, schwer denkbar sein. Wir müßten mithin annehmen, daß hier freiwillige Antretung vorausgesetzt wird. Aber da — und ebenso auch, wenn es sich um eine bloße Restitutionserklärung handeln sollte — tritt uns gleich eine Schwierigkeit entgegen. Wenn der zum Erben eingesetzte Sklave nach seiner Freilassung die Erbschaft antritt, so erwirbt er sie für sich selbst, und kein römischer Jurist hat daran gedacht, dem früheren Herrn einen Anspruch auf Restitution der Erbschaft zu gewähren, selbst wenn der Testator nachweislich mit Rücksicht auf diesen den Sklaven zum Erben eingesetzt hatte. Das wird auch hier gelten müssen. Also wenn der eingesetzte bona fide serviens antritt, nachdem er zu dienen aufgehört hat, so könnte von einer Restitutionsverbindlichkeit hinsichtlich der Erbschaft nicht die Rede sein. Denn daß der frühere bon. fid. possessor einen besseren Anspruch auf die Erbschaft haben sollte, als der frühere Eigentümer, mithin als er, auch wenn der serviens wirklich sein Sklave gewesen wäre, gehabt hätte, — ist selbstverständlich unmöglich. Mithin nur dann, wenn der liber homo bona fide serviens während seiner faktischen Sklavenstellung antritt, könnte er dem bon. fid. possessor nach der angeblich von Aristo vertretenen Meinung zur Restitution der Erbschaft verpflichtet sein, wie nach der Meinung derjenigen, die einen Erbschaftserwerb durch den bona fide serviens überhaupt statuierten, die Erbschaft erwerben. Damit geraten wir aber wieder in Widersprüche. Denn wenn beim Antritt ohne iussus der Eingesetzte zur Restitution verpflichtet sein soll, so würde doch beim iussus eine Restitutionspflicht nicht in Abrede gestellt werden können. Wozu aber hier der Umweg der Restitution, zumal wenn der frühere Putativeigentümer des serviens im Besitze der Erbschaft ist; warum sollte man ihn dann nicht direkt die Erbschaft erwerben lassen? Und vor allem, um die Erbschaft zu restituieren, müßte der

serviens doch zunächst selbst Erbe sein. Kann aber denn der iussu des Quasiherrn antretende Freie überhaupt Erbe werden? Und damit kommen wir auf eine mit dem Erbschaftserwerbe für den bon. fid. poss. nicht unmittelbar zusammenhängende Frage.

Also wird der bona fide serviens, wenn er iussu des angeblichen Herrn die Erbschaft antritt, selbst Erbe?[24] Die römischen Juristen haben darüber gestritten.

> l. 19 de A. R. D. 41, 1. Pomp. l. 3 ad Sab. — Trebatius, si liber homo bona fide serviens iussu eius cui serviet hereditatem adiisset, heredem ipsum fieri nec interesse, quid senserit sed quid fecerit. Labeo contra, si ex necessitate id fecisset: quodsi ita, ut et ipse vellet, ipsum fieri heredem.[25]

Die Meinung des Trebatius entspricht durchaus dem Standpunkte der älteren Rechtsanschauung. Nicht darauf, was der Handelnde bei sich gedacht (das subjektive Moment), sondern darauf, was er gesagt und gethan (das objektive Moment), kommt es bei den Rechtsakten an. Hat somit der sich irrtümlich für einen Sklaven haltende Freie die Kretionsformel einmal ausgesprochen, so wird und bleibt er Erbe, auch wenn er nur dem iussus Folge leistete und dem vermeintlichen Herrn die Erbschaft zu erwerben meinte. Und würde es sich beim Erbschaftsantritt bloß um einen Erwerb von Rechten handeln, so läge kein Grund vor, von dieser Auffassung abzuweichen.[26] Nur der Umstand, daß

---

[24] Völlig verfehlt ist, was Goeschen l. c. p. 41 sqq. darüber bemerkt; die Quellenzeugnisse sind von ihm alle mißverstanden; er setzt immer voraus, daß bereits zur Zeit des Anfalles der Erbschaft die Freiheit des Eingesetzten feststand und bezieht die Stellen darauf, ob dieser zum Antritt gezwungen werden könne. — Die neuesten Schriftsteller berühren unseren Gegenstand gelegentlich bei der Erörterung der Frage nach der Bedeutung des Willens in der Willenserklärung; so insbesondere Kohler in Jherings Jahrbüchern f. d. Dogmatik B. 18 S. 138 fg., Pininski a. a. O. II. S. 496 fg. Mit dieser allgemeinen Frage haben wir uns hier natürlich nicht zu befassen; auch können wir uns nach den Ausführungen im Texte eine weitere Auseinandersetzung mit den Genannten ersparen.

[25] l. 60 pr. de H. J. 28, 5. Cels. Liber homo cum tibi serviret heres institutus iussu tuo adiit. Trebatius esse eum heredem; Labeo tunc non esse heredem, si necessitate id fecerit, non quod alioquin vellet obligari.

[26] So erwirbt der liber homo serviens unzweifelhaft für sich, wenn er auf Befehl des Herrn etwa eine Sache kauft oder sich manzipieren läßt, vorausgesetzt, daß der Erwerb ex re sua gemacht ist.

mit dem Erbschaftserwerbe auch Verpflichtungen verknüpft sind,[27] die dem Eingesetzten — falls er nicht necessarius heres ist — nicht wider seinen Willen aufgebürdet werden könnten, bestimmte Labeo dazu, Widerspruch zu erheben und den Satz aufzustellen, daß der bona fide serviens einzig dann, wenn er selbst Erbe sein oder an die Erbschaft gebunden sein wollte, die Erbschaft für sich erwerbe, aber nicht dann, wenn er lediglich dem Befehle seines vermeintlichen Herrn Folge leistet. Diese Meinung ist durchgedrungen und auch beim Haussohn anerkannt.

> l. 74 § 2 de A. H. 29, 2. Paul. l. 12 ad Plaut. Qui bona fide servit si quasi iussu domini adierit, non obligabitur.[28]
>
> l. 6 § 4 eod. l. 4 de R. J. 50, 17. Ulp. l. 6 ad Sab. Si is qui putabat se filiumfamilias patris iussu adierit, eum neque sibi neque ei qui iussit[29] quaesisse hereditatem constat. — Velle non creditur qui obsequitur imperio patris vel domini.

Vor allem kommt hier l. 54 pr. de A. R. D. 41, 1 in Betracht:

> Pomp. l. 31 ad Qu. Muc. Homo liber hereditatem nobis adquirere non potest.[30] Qui bona fide nobis servit, adquiret [sibi], si tamen sponte sua, sciens condicionem suam, adierit: nam si iussu nostro adierit, neque sibi neque nobis adquiret, si non habuerit animum sibi adquirendi; quod si eam mentem habuerit, sibi adquirit.

---

[27] Das entscheidende Moment liegt also in dem „hereditati obligari“; es ist derselbe Grund, weshalb der Antritt des Gewaltunterworfenen ohne iussus keine Wirkung für den Gewalthaber hat, vgl. l. 6 pr. de A. H. 29, 2. (Ulp. Sab.?)

[28] Dieser Satz ist vermutlich Plautius entnommen.

[29] Daß diesem die Erbschaft nicht erworben wird, ist selbstverständlich, da durch den putativen Haussohn überhaupt kein Erwerb gemacht werden kann.

[30] So wird die Stelle richtig auch von Lenel paling. II. p. 75 abgeteilt. Übrigens hat man sie von jeher so gelesen. Die Vulgata bezeichnet den Beginn eines neuen Satzes noch durch ein vorgesetztes Sed. Auch die Taurellische und sämtliche folgenden Ausgaben behalten die herkömmliche Abteilung der Stelle bei; nur Charondas bemerkt, es sei richtiger, nicht hinter potest zu interpungieren. Erst Mommsen verbindet den Satz „qui—servit“ mit dem vorangehenden Satze. Könnte aber ein auf den „homo liber“ bezüglicher Relativsatz so weit hinten nachschleppen?

Hat der bona fide serviens die Erbschaft freiwillig (sponte sua), also ohne iussus angetreten, so erfolgt für ihn der Erwerb mit allen seinen Folgen. Nach Pomponius soll, wie es scheint, dies nur dann der Fall sein, wenn er seinen wirklichen Rechtszustand kannte. Wir sagen „scheint"; denn die Worte „sciens condicionem suam" können ebenso gut als erklärender oder begründender, wie als einschränkender Zusatz genommen werden, nämlich in dem Sinne, daß aus eigenem Antriebe gewöhnlich nur der serviens, der seine Freiheit kennt, die Erbschaft antreten wird.[31] Wenn nun aber Pomponius in der That — abweichend von den anderen Juristen[32] — zur Wirksamkeit des Erbschaftsantrittes das Bewußtsein der persönlichen Rechtsstellung voraussetzen sollte, so könnte dies nur damit begründet werden, daß dem serviens, der sich selbst für einen Sklaven hält, der Wille, die Erbschaft zu erwerben, also die Absicht, ein zustehendes Erbrecht auszuüben, fehle. Ferner aber, wenn durch den Irrtum des Eingesetzten über seinen Rechtszustand der Erbschaftserwerb ausgeschlossen sein sollte, so könnte dies immer nur den Sinn haben, daß er den Erbschaftsantritt nicht gegen sich gelten zu lassen brauchte, m. a. W. daß er „hereditati non obligatur", so daß insbesondere die Erbschaftsgläubiger sich nicht an ihn halten können. Aber keineswegs wäre damit ausgesprochen, daß er selbst die Erbschaft nicht in Anspruch nehmen, nicht mit der hereditatis petitio auftreten, oder daß etwa der Intestaterbe oder ein dritter Besitzer von Erbschaftssachen ihm gegenüber sich auf die Unwirksamkeit des Erbschaftsantrittes wegen jenes Irrtums berufen könnte.

Jedoch es ist nicht bloß zweifelhaft, wie bemerkt, sondern sogar unwahrscheinlich, daß Pomponius die Wirkung des Erbschaftsantrittes des bona fide serviens an das „scire condicionem suam" geknüpft hat. Daß der thatsächlich als Sklave gehaltene Freie, wenn er seine Freiheit kennt, durch den freiwilligen Antritt Erbe werde, hätte uns der Jurist auch nicht besonders zu sagen gebraucht. Damit steht auch in vollem Einklang, was Julian in l. 21 de C. et D. 35, 1 sagt: „si quis se

[31] Zweifelnd äußert sich auch Kohler a. a. O. S. 474.

[32] Es ist ungerechtfertigt, mit Lenel in Jherings Jahrb. B. 19 S. 247 Anm. 120 diese Voraussetzung der Kenntnis der condicio in die anderen Stellen hineinzutragen.

filiumfamilias existimat, cum sit paterfamilias, poterit adquirere hereditatem.“ Denn was beim Freien, der sich für einen Sklaven hält, muß auch beim Gewaltfreien, der Hauskind zu sein glaubt, angenommen werden, und ebenso umgekehrt. Also hier wie dort gilt der Satz: plus est in re quam in existimatione.

Und das ist auch innerlich und praktisch wohlbegründet. Mit der Antretung der ihm deferierten Erbschaft wird doch der, welcher irrtümlich glaubt, Sklave zu sein oder in väterlicher Gewalt zu stehen, notwendig einen vernünftigen Zweck verfolgen. Daß er sie dem vermeintlichen Herrn oder Gewalthaber nicht erwerben kann, da dieser keinen iussus erteilt hat, weiß er und er kann sich mithin auch nicht darauf berufen, daß er sie diesem erwerben wollte. Seine Absicht kann also nur darauf gehen, die Erbschaft für sich zu haben und zu behalten, über den Nachlaß wie über ein eigenes Vermögen zu verfügen, wenngleich ihm die irrige Vorstellung innewohnte, diesen Zweck rechtlich nicht erreichen zu können. Er wollte als Erbe auftreten, dritten gegenüber als Erbe gelten.[33] Wenn sich nun herausstellt, daß er ein Gewaltfreier oder eine freie Person ist, so ist der Erfolg seinem Willem gemäß eingetreten, der beabsichtigte Zweck ist, ohne daß er es wußte, realisiert. Er kann mithin auch, wenn es sich ergiebt, daß der Erbschaftserwerb nur mit Nachteilen verknüpft ist, jetzt nicht vorschützen, daß er den animus sibi adquirendi nicht gehabt habe; um so weniger als er doch, wenn die Antretung zu einem reinen Erwerbe von Vermögensrechten geführt oder überhaupt sein Vermögen vermehrt hätte, diesen animus adquirendi nicht in Abrede gestellt haben würde.[34]

Dies wird in noch höherem Grade bei dem zutreffen, welcher über seinen Rechtszustand sich im Zweifel befindet.

---

[33] Das würde besonders klar hervortreten bei einem Gewaltfreien, der an einem anderen Orte wie der vermeintliche Gewalthaber lebt und die ihm hier angefallene Erbschaft, ohne einen iussus des letzteren zu erwirken, antritt.

[34] Darin, daß in der Berufung auf den angeblichen Mangel des animus sibi adquirendi eine „grobe Unredlichkeit“ stecken würde, ist Pininski a. a. O. S. 498 Recht zu geben. Dagegen kann ich ihm und Kohler a. a. O. S. 139 nicht beistimmen, wenn sie meinen, daß das Wollen der Rechtsfolgen des Erbschaftsantrittes hier durch den Irrtum ausgeschlossen sei. Die Rechtsfolgen sind hier nicht weniger gewollt, wie bei jedem Erbschaftsantritt, wenn sich hinterher ergiebt, daß die Erbschaft überschuldet ist.

l. 74 § 4 de A. H. 29, 2. Paul. l. 12 ad Plaut. De eo qui heres institutus ab aliquo dubitat, an libertas ei ex testamento domini obtigerit, cum nesciat condicionem libertatis exstitisse vel hereditatem aditam, an adeundo heres fiat, videndum. Julianus hunc diceret fieri heredem.

l. 6 § 4 eod. Ulp. l. 6 ad Sab. — nam eum qui dubitat, utrum filiusfamilias an paterfamilias morte patris factus sit, posse adire hereditatem magis (sc. Julianus) admittit.[35]

Der incertus de statu suo wird, wenn man noch hinsichtlich des sich über seine Rechtsstellung im Irrtum Befindenden zweifeln könnte, sicher durch den Antritt wenigstens den eventuellen Willen an den Tag legen, Erbe zu werden.[36] Um so befremdlicher ist es, daß gerade in diesem Falle Julian Bedenken gehabt zu haben scheint.

Wie nun aber, wenn der Haussohn oder Sklave dem an ihn ergangenen iussus Folge leistend zu einer Zeit antritt, wo das Gewaltverhältnis bereits durch den ihm unbekannten Tod gelöst war, oder er schon, wovon er nichts weiß, die Freiheit erlangt hatte? Folgerichtig werden wir sagen müssen, daß, da hier der einmal erteilte iussus für ihn fortwirkt, er also nicht sponte sua antritt, der Erbschaftserwerb nicht mit allen seinen Folgen für ihn stattfindet. So entscheidet auch Paulus in l. 74 § 3 eod.

Similis est huic (i. e. non obligatur) statuliber, qui iussus ab herede adire hereditatem post condicionem libertatis existentem, cum hoc ignoraret, adiit.

Dagegen bemerkt Ulpian in l. 6 § 4 cit. (S. 180.)

— quamquam is, quem pater iussit adire et decessit, si adierit iam mortuo patre, obliget se hereditati, ut Julianus l. 31 digestorum scripsit.

Daß hier Unkenntnis des Sohnes vom Tode des Vaters

[35] Vgl. l. 34 pr. eod. (Ulp.) Si de sua condicione quis dubitet, an filiusfamilias sit, posse eum adquirere hereditatem iam dictum est.

[36] Wenn der vermeintliche Gewalthaber zur Zeit des Erbschaftsantrittes an einem entfernten Orte sich befindet oder in Gefangenschaft bei den Feinden weilt, so wird ein Zweifel über seinen Rechtszustand dem Sohne eigentlich immer innewohnen müssen.

vorausgesetzt wird, geht aus dem folgenden Satze hervor („nam eum" — S. 183). Eine widersprechende Entscheidung wäre aber um so auffallender, als Paulus' Entscheidung ebenfalls auf Julian zurückzugehen scheint.[37] So werden wir denn wohl annehmen können, daß auch in l. 6 § 4 an den Fall gedacht ist, daß der Sohn sich in Ungewißheit d. h. im Zweifel über das Leben seines Gewalthabers befindet.

Nach der von Pomponius und Celsus gebilligten Meinung des Labeo erwirbt auch der iussu des vermeintlichen Herrn antretende bona fide serviens die Erbschaft, wenn er nicht einzig um dem Befehle Folge zu leisten („der Not gehorchend"), sondern durch diesen unbeeinflußt („aus eigenem Trieb") die Erbschaft antrat.[38] Wollte er auch ohnedies die Erbschaft erwerben, an sie gebunden sein, hätte er auch abgesehen von dem iussus sie angetreten, so kann dem iussus keine selbständige Bedeutung zukommen, denn durch diesen ist er zu seiner Handlung nicht bestimmt worden. Da erhebt sich aber die Frage: wie läßt sich denn dieser Wille, für sich die Erbschaft zu erwerben, feststellen; wodurch wird die Berufung des serviens auf den iussus ausgeschlossen? Daß er seinen wahren Rechtszustand kenne, wäre nach dem früher Bemerkten für den Erbschaftserwerb nicht erforderlich, d. h. er kann auch, wenn er sich zur Zeit der Antretung für einen Sklaven hielt, die Erbschaft in Anspruch nehmen;[39] andererseits aber wäre dies allerdings ausreichend, d. h. die Erbschaftsgläubiger könnten ihn in Anspruch nehmen (se obligat hereditati), wobei ihnen natürlich der Beweis jener Kenntnis zur Last fiele. Indessen man muß dabei von vornherein beachten, daß es sich hier nicht etwa um den Nachweis des animus sibi adquirendi zur Zeit des Erbschaftsantrittes handeln kann. Die Absicht, für sich die Erbschaft zu erwerben, selbst Erbe zu werden, kann ja, wer sich für einen Sklaven hält und nach ergangenem iussus seines putativen Herrn antritt, überhaupt nicht haben. Es kann, wenn ein iussus vorliegt, bloß ein Wünschen, nicht

---

[37] Dies wird durch die Art und Weise, wie sich Paulus in § 4 auf Julian beruft, nahegelegt.

[38] „ut et ipse vellet"; „quod alioquin vellet obligari"; „si habuerit animum (mentem) sibi adquirendi". Das würde noch eher anzunehmen sein, wenn der Jubent die Antretung von dem eigenen Urteil des Dienenden abhängig gemacht hat, wie in l. 25 § 9 de A. H. 29, 2.

[39] Aber er wird nicht gebunden, wie da, wo kein iussus vorlag.

ein Wollen in Frage stehen. Somit könnte es sich immer nur darum handeln, ob er auch ohne jenen iussus damals die Erbschaft angetreten haben würde, oder ob einzig der iussus für ihn bestimmend war. Das erstere wäre aber für die Erbschaftsgläubiger, die ihn in Anspruch nehmen wollen, selbstverständlich etwas völlig Unbeweisbares.

Demnach ist immer entscheidend der Wille und das Verhalten des Antretenden zu der Zeit, wo die Frage, ob er die Erbschaft erworben habe, überhaupt erst zur Sprache kommen kann, nämlich dann, wenn er nicht mehr in servitute sich befindet. Macht er dann sein Erbrecht auf Grund des Antrittes geltend, nimmt er die Erbschaft in Anspruch und verfügt über Nachlaßbestandteile, so ergiebt sich, daß der Erbschaftserwerb für ihn eingetreten war. Wenn er sich dagegen den ihn in Anspruch nehmenden Erbschaftsgläubigern gegenüber darauf beruft, daß er in Unkenntnis seiner Freiheit iussu des vermeintlichen Herrn angetreten habe, so stellt es sich umgekehrt heraus, daß er nicht Erbe geworden war.

Wir kommen noch einmal auf den Fall zurück, wenn der bona fide serviens gerade mit Rücksicht auf seinen vermeintlichen Herrn zum Erben eingesetzt war. Auch hier erwirbt dieser nach der herrschend gewordenen Auffassung durch die Antretung des serviens nicht die Erbschaft; nach der gleichfalls durchgedrungenen Meinung Labeos wird aber auch letzterer, wenn er iussu des Herrn antritt, ebensowenig Erbe, abgesehen vom eigenen Wollen. Nun soll doch aber nach der angeblich von Aristo aufgestellten Meinung, jedenfalls nach der der Kompilatoren, die Erbschaft dem früheren Herrn restituiert werden. Praktisch gestaltet sich dann die Sache folgendermaßen und damit eröffnet sich uns der einzige Ausweg aus dem Dilemma (vgl. S. 178). Wenn sich der Eingesetzte, der iussu angetreten hatte, nach Beendigung des Dienstverhältnisses, als Erbe geriert, so kann der frühere Herr die Restitution der Erbschaft verlangen; also auf Herausgabe der Erbschaft gegen den letzteren könnte jener überhaupt nicht klagen. Lehnt er aber die Haftung aus der Antretung ab, indem er sich auf den iussus beruft, und giebt damit zu erkennen, daß er durch sie nicht Erbe geworden war, so gelangt die Erbschaft an die Substituten oder Intestaterben und von einer Restitution an den früheren Herrn, den der Testator bei der Erbeinsetzung des angeblichen Sklaven allein im Auge hatte, könnte nicht mehr die

Rede sein. Gewiß ein unbefriedigendes Resultat, dem man nur entgehen könnte, wenn man entweder auf den iussus hier gar kein Gewicht legt, oder gegen den Eingesetzten prätorischen Zwang zur nochmaligen Antretung der Erbschaft wegen Erfolglosigkeit der früheren, iussu des vermeintlichen Herrn geschehenen Antretung stattfinden läßt.

Nur in einem losen Zusammenhange mit den bisher erörterten Meinungsverschiedenheiten steht eine andere Streitfrage, welche Justinian durch l. 21 C. de iure delib. 6, 30 vom Jahr 531 (eine der 50 decisiones) entscheidet.[40] Es handelt sich hier um eine Erbschaft, die jemand während des über seine Freiheit noch schwebenden Rechtsstreites hinterlassen und angefallen ist. Aller Erwerb eines im Freiheitsprozeß Stehenden befindet sich in der Schwebe, indem er ihm selbst, wenn er für frei erklärt wird, dem Herrn, wenn dieser siegt, zufällt. Aber „post ordinatum liberale iudicium" gilt er „liberi loco"; und so konnte denn die Frage entstehen, ob er dem iussus des angeblichen Herrn zur Erbschaftsantretung Folge leisten müsse. Justinian entscheidet nun die „discordia veterum" durch eine „distinctio subtilis". Es solle nämlich darauf ankommen, ob der betreffende Mensch gerade als Sklave jenes Herrn („intuitu domini") eingesetzt sei — in der Formel „illum servum illius heredem instituo" — oder als Freier „nulla domini vel servi mentione habita". Ersterenfalls solle gerichtlicher Zwang zur Antretung der Erbschaft stattfinden und die Erbschaft allemal, auch wenn auf Freiheit erkannt wird, dem Herrn zukommen, indem die Erbschaftsklagen dem und gegen den für frei Erklärten denegiert werden. Im letzteren Falle solle die Antretung bis zur Entscheidung des Freiheitsprozesses aufgeschoben bleiben, und je nach dem Ausgange desselben die Erbschaft für den dominus oder für den Eingesetzten selbst erworben werden können.[41]

---

[40] Die Konstitution bezieht sich nicht direkt auf die erörterte Kontroverse der Pandektenjuristen, wie u. a. Goeschen l. c. p. 44 meint. Wäre dies der Fall, so hätten die Kompilatoren in unglaublicher Leichtfertigkeit gehandelt, indem sie, ohne Rücksicht auf die von Justinian getroffene Entscheidung zu nehmen, einander widersprechende Auffassungen aus den Juristenschriften exzerpierten.

[41] Die Verordnung betrifft die Erbeinsetzung nach schon erhobenem Freiheitsprozeß. Die Entscheidung ist aber auch analog anzuwenden auf den Fall, wenn der serviens schon früher eingesetzt war, die Erbschaft aber während

§ 9. Einschränkungen des Grundsatzes.

I. Der Satz, daß der servus fructuarius und der bona fide serviens dem Nießbraucher oder Besitzer nur ex re eius und ex operis suis erwerben, gilt durchgreifend.[1] Ein sonstiger Erwerb kann auch nicht dadurch, daß der Erwerbsakt ausdrücklich auf den Namen der letzteren gestellt wird, diesen zugeführt werden.[2] Da nun auch der Eigentümer des Sklaven bezw. der liber homo bona fide serviens selbst aus einem solchen Rechtsgeschäft nicht erwerben können,[3] so ergiebt sich, daß ihm überhaupt keine Wirkung zukommt. Ganz bedeutungslos ist demnach auch der iussus. Er kann ebensowenig wie die nominatio die positive Wirkung haben, einen Erwerb für den Nießbraucher oder bon. fid. possessor herbeizuführen;[4] aber andererseits kann ihm auch nicht die negative Wirkung der nominatio zugesprochen werden, den Erwerb für den Eigentümer des Sklaven oder den freien bona fide serviens auszuschließen, da ja das Erwerbsgeschäft formell in Ordnung ist.[5]

---

des Freiheitsprozesses deferiert wird. Die ratio der Entscheidung würde übrigens, wenn dem noch als Sklave besessenen Freien die Erbschaft anfällt, zu der in l. 45 § 4 de A. H. 29, 2 referierten Auffassung führen. — Wenn **Kohler** a. a. O. S. 474 bemerkt, aus **Justinians** Konstitution scheine hervorzugehen, daß die von **Labeo** vertretene Ansicht von dem Erbschaftsantritt ex necessitate doch nicht durchgedrungen war, so beruht dies auf einem Mißverständnisse. Nicht deshalb weigerten sich die im Freiheitsprozeß Stehenden dem iussus des angeblichen dominus Folge zu leisten, weil sie fürchteten, „daß die Erbschaft an ihnen haften bliebe, falls sie für frei erklärt würden", sondern vielmehr deshalb, weil sie, nachdem sie den Prozeß gewonnen, für sich selbst die Erbschaft zu erwerben hofften.

[1] z. B. l. 21 pr. l. 37 § 2. l. 43 pr. de A. R. D. 41, 1. l. 19 i. fi. h. t. (= de stip. serv. 45, 3.) u. s. w.

[2] l. 22 h. t. (Nerat.) Servum fructuarium ex re domini inutiliter fructuario stipulari. l. 23 eod. (Paul.) Eadem de eo dicenda sunt, cui usus legatus est. l. 25 § 3 de usufr. (Ulp.) — nihil agit, si non ex re fructuarii nec ex operis suis fructuario stipuletur.

[3] l. 30 h. t. (Paul.) Servus alienus alii nominatim stipulando non adquirit domino. Vgl. l. 14 eod. (Jul.)

[4] Dem widerspricht nicht Marc. l. 20 de usu 7, 8; denn hier ist vorausgesetzt, daß der Usuar den Erwerb schon ohnehin machen würde, vgl. S. 141.

[5] Weitläufig handelt über iussus und nominatio **Goeschen** l. c. § 7. 8. Dabei wird der iussus fructuarii mit der nominatio schlankweg auf die gleiche Linie gestellt und eine Meinungsverschiedenheit zwischen Ulp. (Jul.) l. 25 § 3 cit. und Paul. l. 31 cit. entdeckt. (p. 37 sqq.) Völlig mißverstanden ist l. 22 h. t., nach welcher auch bei der nominatio des Nießbrauchers der Eigentümer erwerben soll!

l. 31 h. t. (= de stip. serv. 45, 3) Paul l. 8. ad Plaut. Si iussu fructuarii aut bonae fidei possessoris servus stipuletur, ex quibus causis non solet iis adquiri, domino adquirit. Non idem dicetur si nomen ipsorum in stipulatione positum sit.

l. 33 pr. eod. Paul. l. 14 ad Plaut. Si liber homo vel alienus (servus) qui bona fide servit ex re alterius iussu possessoris stipuletur, Julianus ait liberum quidem sibi adquirere, servum vero domino, quia iussum domino cohaereat.'

Jedoch dies bedarf noch einer Begrenzung. Ein iussus kommt bekanntlich auch in der Bedeutung einer den Jubenten verpflichtenden Ermächtigung zum Kontrahieren vor. Wenn nun der Nießbraucher oder bon. fid. possessor einen solchen iussus an einen dritten in Beziehung auf den servus fructuarius oder den bona fide serviens ergehen läßt, infolge dessen er selbst mit der act. quod iussu jenem haftbar wird,[6] so ist nicht zu bezweifeln, daß auch der Erwerb aus dem betreffenden Rechtsgeschäft ihm zufällt. So z. B. wenn auf seinen iussus dem Sklaven ein Darlehn ausgezahlt oder eine Sache auf Kredit verkauft wird.[7]

Umgekehrt lautet die Regel: fructuarius servus ex re fructuarii non adquirit proprietario — quod ex re fructuarii adquisitum fuerit, ad eum solum pertinebit.[8] Aber diese Regel hat keine durchgreifende Geltung; sie findet vielmehr nur dann Anwendung, wenn nicht das Erwerbsgeschäft selbst auf den Namen des Proprietars bezw. beim servus alienus b. f. possessus auf den Namen des Eigentümers gestellt ist.[9] Hier hat wieder die nominatio entscheidende Bedeutung, so daß der Eigentümer den Erwerb ex re des Nießbrauchers und des bon. fid.

---

[6] l. 1 § 8 qu. iussu 15, 4.

[7] Vgl. oben S. 89. 126.

[8] Jul. l. 37 § 2 de A. R. D. 41, 1. Ebenso wenn ex operis servi erworben ist; dasselbe gilt natürlich auch hinsichtlich des Erwerbes ex re bon. fid. possessoris. Die Stellung der Stipulation ex re fructuarii auf den Namen desselben ist aber nicht ohne Bedeutung; sie hat den wichtigen Erfolg, daß hier der Kläger nicht den Beweis zu führen hat, daß ex re sua stipuliert war.

[9] Es braucht kaum bemerkt zu werden, daß bei dem liber homo b. f. serviens von einem Erwerbe ex re seines Quasiherrn dadurch, daß er den Erwerbsakt auf seinen Namen stellt, nicht die Rede sein kann.

possessor macht. Sonst würde auch der Rechtsakt gar keine Wirkung haben und der Nießbraucher oder bon. fid. possessor geschädigt sein, während ihm der Erwerb, den der Eigentümer macht, wenigstens materiell, wie wir gleich sehen werden, zukommt.[10] Dies ist nun insbesondere bei der Stipulation und Manzipation anerkannt.

> l. 37 § 5 de A. R. D. 41, 1. Jul. l. 44 Dig. Fructuarius servus si dixerit se domino proprietatis per traditionem [mancipio] accipere, ex re fructuarii totum domino adquiret: nam et sic stipulando ex re fructuarii domino proprietatis adquireret.

Den Erwerb des dominus hier deswegen in Zweifel zu ziehen, weil er aus dem Vermögen des Nießbrauchers oder bon. fid. possessor gemacht war, war auch gar kein Anlaß vorhanden.[11] Denn der Eigentümer erwirbt ja sonst überhaupt durch seinen Sklaven, ohne daß danach gefragt wird, aus wessen Vermögen der Erwerb herstamme. Es wäre somit wunderlich gewesen, dem auf seinen Namen gestellten Erwerbsgeschäft deshalb jede Wirkung abzusprechen, weil der Erwerb seinem Ursprunge nach dem Nießbraucher oder bonae fidei possessor zufallen müßte. Dies hätte vorausgesetzt, daß dem Eigentümer der Sklave überhaupt nur ex re eius erwerben könnte.

Nur eine weitere Folgerung aus diesen Grundsätzen enthält die Entscheidung, daß wenn ex re fructuarii stipuliert ist,

---

[10] Vgl. Czyhlarz a. a. O. S. 533 Anm. 10. S. 555.

[11] Nach dem Referat Ulpians in l. 25 § 3 de usufr. 7, 1. (Julianus scripsit, quod fructuario adquiri non potest, proprietario quaeri: denique scribit eum, qui ex re fructuarii stipuletur nominatim proprietario vei iussu eius, ipsi adquirere) könnte es scheinen, als ob der hier stattfindende Erwerb für den Eigentümer erst durch Julians Autorität zur Anerkennung gebracht sei. Indessen höchstens kann man hieraus entnehmen, daß Julian diesen Erwerb auf jenen allgemeineren Grundsatz „quod fructuario adquiri *etc.*" zurückführte (vgl. S. 192), wenn nicht hier ein Mißverständnis Ulpians vorliegt. Vgl. auch Nerat. l. 22 h. t. (Servum fructuarium . . . domino ex re fructuarii utiliter stipulari.) Vielmehr ist der Erwerb des dominus wohl nie fraglich gewesen. Wenn unter dem berühmten „Gaius noster" in l. 39 h. t. Cassius zu verstehen ist (Pernice, Labeo I. S. 85 Anm. 18. Krüger, Gesch. d. röm. R. S. 154 Anm. 50; für Gajus würde einzig der Umstand sprechen, daß er ebenfalls wie Pomponius libri ex Q. Mucio geschrieben hat), so ergiebt sich, daß schon dieser Jurist den Erwerb für den Eigentümer als feststehend ansieht. Möglich sogar, daß der jenen Erwerb aussprechende Satz in l. 39 auf Q. Mucius selbst zurückgeht.

weder der Proprietar noch der Nießbraucher als solutionis causa adiectus genannt sein kann, wohl aber der Nießbraucher, wenn ex re proprietarii oder aliunde promittirt wird.[12]

Wenn nun auch der Eigentümer des Sklaven in dem Falle, daß der Erwerbsakt auf seinen Namen gestellt ist, ex re des Nießbrauchers und des bon. fid. possessor formell erwirbt, so behalten doch die letzteren einen materiellen Anspruch auf den Erwerb. Da ihnen der durch den Sklaven ex re sua gemachte Erwerb gebührt, der Sklave also dem Eigentümer, indem er den Erwerb auf dessen Namen stellt, auf ihre Kosten einen ungerechtfertigten Gewinn zuführt, so können sie mit einer condictio sine causa vom Eigentümer den Erwerb herausverlangen.

> l. 39 h. t. Pomp. l. 22 ad Q. Muc. Cum servus, in quo usumfructum habemus, proprietatis domino ex re fructuarii vel ex operis eius nominatim stipuletur, adquiritur domino proprietatis: sed qua actione fructuarius reciperare possit a domino proprietatis, requirendum est. Item si servus bona fide nobis serviat et id, quod nobis adquirere poterit, nominatim domino suo stipulatus fuerit, ei adquiret: sed qua actione id reciperare possumus, quaeremus. Et non sine ratione est, quod Gaius noster dixit, condici id in utroque casu posse domino.

Eine andere Klage wie die condictio wäre hier offenbar unerfindlich. Hat in der That erst Cassius sie für zulässig erachtet, so würde bis dahin der Nießbraucher oder bon. fid. possessor, aus dessen Vermögen der Eigentümer bereichert worden ist, überhaupt keinen klagbaren Anspruch gehabt haben, sondern einzig auf exc. doli gegenüber der Vindikation bezw. der Klage aus der stipulatio usufructuaria desselben verwiesen gewesen sein. Dawider, daß hier eine Klage erst in verhältnismäßig so später Zeit dem Nießbraucher und bon. fid. possessor zugestanden worden, könnte man sich auf die Thatsache berufen, daß die Rückforderung der sog.

[12] Jul. l. 1 § 5 h. t. Si fructuarius servus stipulatus esset 'fructuario aut proprietario,' si quidem ex re fructuarii, inutilis est stipulatio. Paul. 98 § 7 de solut. 46, 3. Si servus fructuarius ex re fructuarii 'domino proprietatis aut fructuario' stipuletur, inutilis est stipulatio. Gai. l. 28 pr. h. t. Si ex re domini 'domino aut fructuario' servus stipulatus fuisset, domino quidem adquiri obligationem Julianus scripsit, solvi autem fructuario posse. Vgl. oben S. 83 fg.

ungerechtfertigten Bereicherung bereits von den Veteres anerkannt war, wenn auch die Ausbildung der Kondiktionsfälle im einzelnen und ihrer systematische Zusammenfassung erst der klassischen Jurisprudenz angehört.[13] Dafür möchte die Art und Weise sprechen, wie Pomponius der Meinung des Cassius zustimmt; „non sine ratione est" hätte er, wie es scheint, nicht sagen können, wenn die condictio in unserem Falle schon allgemein anerkannt war. Ganz erheblich fällt aber ins Gewicht, daß Sabinus in einem ganz gleichartigen Falle hinsichtlich der Rückforderung noch Zweifel hegt.[14]

Die condictio ist hier auf Herausgabe des vom Eigentümer gemachten Erwerbes gerichtet, nicht gerade auf die Bereicherung aus dem Vermögen des Nießbrauchers oder bon. fid. possessor. Ihr Ziel ist also ein anderes wie in dem Falle, wenn jemand mit fremdem Gelde eine Sache oder eine Forderung erwirbt. Wenn der Sklave sich für den dominus eine Sache hat promittieren oder manzipieren lassen, indem er dafür Geld aus dem Vermögen des Nießbrauchers gezahlt hat, oder wenn er mit dem diesem gehörigen Gelde eine Sache auf den Namen des dominus gekauft hat, so geht die condictio, nicht etwa auf die dem Nießbraucher entzogene Summe, soweit der dominus durch sie bereichert ist, sondern geradezu auf Herausgabe der vom Eigentümer erworbenen Sache bezw. auf Abtretung der erworbenen Forderung. (Vgl. oben S. 71 fg.)

Es fragt sich schließlich noch, ob hier ebenso, wie beim Erwerbe des gemeinschaftlichen Sklaven, der iussus des Eigentümers der nominatio — nach der Lehre der Sabinianer und der

[13] Pernice a. a. O. I. S. 418 fg. Bekker, Aktionen d. röm. Privatr. I. S. 103 fg. 117 fg.

[14] l. 32 h. t. — Sabinus ait, quoniam soli obligatus esset, videndum esse, quemadmodum alter usuarius partem suam recipere possit, quoniam inter eos nulla communio iuris esset. Ob hier Sabinus vielleicht auf eine condictio hingewiesen hatte, das ist natürlich eine nicht zu beantwortende Frage. Es läßt sich aber nicht verkennen, daß die Art, wie Sabinus sich äußert, eine große Ähnlichkeit mit der uns in l. 39 cit. entgegentretenden Wendung hat. Ich möchte daraufhin die Vermutung wagen, daß Pomponius hier überhaupt aus Sabinus referiert und eine auf die entnommene Stelle bezügliche Note des Cassius hinzufügt. Vielleicht liegt sogar ein indirektes Referat der Meinung des Sabinus aus Javoleni libri ex Cassio vor; und dann wäre es sogar möglich, daß Sabinus selbst sich für eine condictio erklärt hat, und daß das „non sine ratione est" eine Bemerkung des Javolenus ist, die Pomponius sich selbst angeeignet hat.

Späteren — in der Wirkung gleichgestellt ist. Dies hat, wie es scheint, Julian in der That angenommen.[15] Indessen es läßt sich nicht verkennen, daß hier die Sache nicht ganz so liegt wie im Falle des Miteigentums. Denn bei dem Erwerbe des gemeinschaftlichen Sklaven ist es gleichgiltig, ob er aus dem Vermögen des einen oder anderen der Herren gemacht ist; er verteilt sich regelmäßig nach den Eigentumsquoten derselben. Infolge des iussus erwirbt der Sklave für den einen Herrn allein, indem er einzig als Sklave dieses Herrn das Erwerbsgeschäft vornimmt, so als ob er ihm allein gehörte. Dagegen der Erwerb des servus fructuarius fällt grundsätzlich dem Nießbraucher zu, wenn er ex re eius vel ex operis servi gemacht ist. Der iussus des Proprietars könnte diesen Erwerb für den Nießbraucher nicht ausschließen, da eben der Regel nach auf den ökonomischen Ursprung dieses Erwerbes gesehen wird. Wenn sich dies bei dem auf den Namen des Proprietars vollzogenen Erwerbsakt anders verhält, so hat dies seinen Grund darin, daß dort schon durch die Form desselben der Erwerb für den Nießbraucher ausgeschlossen ist.

II. Was der servus fructuarius oder der bona fide serviens nicht dem Nießbraucher oder dem bon. fid. possessor erwerben kann, das erwirbt er dem Eigentümer bezw., wenn er ein Freier ist, für sich selbst. Das gilt nicht bloß von dem Erwerbe „extra duas causas",[16] sondern auch von dem ex re jener Personen und ex operis hervorgegangenen Erwerbe.

> l. 25 § 3 de usufr. 7, 1. Ulp. l. 18 ad Sab. Quaestionis est, an id quod adquiri fructuario non potest, proprietario adquiratur. Et Julianus quidem l. 35 digestorum scripsit, quod fructuario adquiri non potest, proprietario quaeri.

Es ergiebt sich aus dieser Stelle, daß darüber eine Streitfrage bestand, indem andere Juristen das Erwerbsgeschäft für

---

[15] l. 25 § 3 de usufr. 7, 1 (in Anm. 11.) An eine Interpolation wird bei den Worten „vel iussu eius" kaum zu denken sein.

[16] Darauf bezieht sich Pomp. l. 54 § 4 de A. R. D. 41, 1; s. oben § 7 Anm. 11. Von Proculus wird hier, wie schon öfters erwähnt, ein Eigentumserwerb durch den von einem anderen besessenen Sklaven für den dominus im Falle der Tradition nicht anerkannt, weil dieser durch jenen nicht Besitz erwerben könne, dagegen inkonsequent ein solcher Eigentumserwerb für den liber homo bona fide serviens zugelassen, obwohl dieser doch ebensowenig den Besitz erwirbt. l. 21 pr. de A. R. D. 41, 1.

nichtig erklärten, da derjenige, dem der Erwerb hier nach dem geltenden Prinzip zufallen müßte, ihn nicht machen kann, und daß erst Julian den beim servus communis anerkannten Rechtssatz[17] auf unseren Fall übertragen hat. Um das Rechtsgeschäft aufrecht zu erhalten, boten sich zwei Denkformen dar. Entweder man konnte sagen, daß es hier so anzusehen sei, als ob der Sklave nicht im Nießbrauche oder Besitze eines anderen stünde, der Freie nicht in thatsächlicher Sklavenstellung sich befände: da ein Erwerb für den Nießbraucher und den bon. fid. possessor hier überhaupt unmöglich ist. Oder man behandelte das Rechtsgeschäft als auf den Namen des Eigentümers des Sklaven abgeschlossen: da es, weil es für den Nießbraucher und bon. fid. possessor keinen Erwerb herbeiführen kann, als für den Eigentümer vorgenommen angesehen werden müsse. Es kann keinem Zweifel unterliegen, daß Julian nur die erstere Auffassung vertreten haben kann. Denn zunächst entspricht sie allein seinem Standpunkte in der Frage nach dem Erwerbe des gemeinschaftlichen Sklaven im gleichen Falle. Ferner ist die zweite Auffassung selbstverständlich ganz ausgeschlossen beim liber homo bona fide serviens[18] und man käme mit ihr auch in Verlegenheit wenn der Sklave etwa auf Geheiß des Nießbrauchers oder des bon. fid. possessor das Rechtsgeschäft vorgenommen hätte.

Der einzige Fall, dessen die Quellen Erwähnung thun, ist der, wenn den Gegenstand des Erwerbsgeschäftes — Stipulation oder Kauf[19] — eine dem Nießbraucher oder bon. fid. possessor selbst gehörige Sache bildet. Wäre das Rechtsgeschäft auf den Namen dieser gestellt, so würde es nichtig sein. Ist dies nicht geschehen, so tritt die Wirkung des Rechtsgeschäftes in der Person des dominus bezw. des dienenden Freien selbst ein, und es kann keinen Unterschied machen, aus wessen Vermögen der Erwerb herstammt; so z. B. auch, wenn die Sache mit dem zum Vermögen des Nießbrauchers oder bon. fid. possessor gehörigen Pekuliargelde gekauft ist.[20]

---

[17] Vgl. oben § 4.

[18] S. 188 Anm. 9.

[19] Daß hier der Erwerb durch Manzipation oder Tradition nicht in Frage kommen kann, braucht wohl kaum bemerkt zu werden; es handelt sich immer nur um den Erwerb der Forderung.

[20] Die l. 25 § 4 de usufr. 7, 1 wird richtiger mit der Glosse ad h. l.

l. 20 pr. h. t. Paul. l. 15 Quaest. Liber homo bona fide mihi servit, . . si ex re mea Stichum, qui meus est, stipulatur, sibi adquiret.

l. 23 § 2 de A. R. D. 41, 1. Ulp. l. 43 ad Sab. Generaliter dicendum est, quod ex re sua (hoc est eius cui bona fide quis servit) ei adquirere non potest, sibi eum adquisiturum.

Ist nun aber auch umgekehrt anerkannt, daß dem Nießbraucher und bon. fid. possessor ebenfalls der nicht ex re sua vel operis hervorgegangene Erwerb dann zufalle, wenn er für den dominus oder den liber homo nicht stattfinden kann? Dieser Satz findet sich hinsichtlich des liber homo bona fide serviens in der That von Ulpian ausgesprochen, indem er fortfährt:

Quod autem non ex re eius sibi adquirere non potest, ei adquisiturum, cui bona fide servit.[21]

Es wird non ex re des vermeintlichen Herrn, also aus eigenem Vermögen oder dem eines dritten erworben, den Erwerb kann der bona fide serviens aber für sich nicht machen, z. B. die Sache, die er mit eigenem Gelde oder mit dem Gelde eines dritten gekauft hat, gehört ihm selber. Dann soll nach Ulpian der bon. fid. possessor die Forderung erwerben. Es unterliegt keinem Zweifel, daß die Entscheidung beim servus alienus oder fructuarius nicht anders lauten würde. Dies widerspricht nun

auf eine mit dem Nießbraucher selbst eingegangene Stipulation bezogen werden, obschon dies nicht gerade notwendig ist. (Unten S. 223.)

[21] Die lectio Florentina „non ex re“ ist unangreifbar; auch Bas. 50, 1, 22 stimmt damit überein: *τὰ δὲ μὴ ἐκ τῶν πραγμάτων μου* (wo Heimbach allerdings übersetzt: quae autem ex rebus meis). Bereits die Glosse merkt die Variante an. Haloander und R. Stephanus streichen das non. Mit besonderer Entschiedenheit erklärt sich hierfür Cujacius obs. IV, l. XVII, 5; recitt. ad lib. XV Quaest. Paul. in l. 20 pr. cit.; notat. Mercat. l. 3. c. 24. Ihm stimmt bei Giphanius ad h. l. in lect. Altorph. p. 343. Das „non“ und die von Ulpian gegebene Entscheidung selbst sucht in weitläufiger Ausführung innerlich zu begründen Gordon praeterm. iur. civ. c. 10 (Otto thes. II. p. 860 sqq.); vgl. Schulting not. ad Dig. in h. l. Auch Kohler a. a. O. S. 476 erklärt sich gegen die Streichung des non. In der That würde dadurch der ganze Satz nicht bloß trivial, sondern albern werden; denn da der Jurist uns kurz vorher gesagt hat, daß der bon. fid. serviens dem vermeintlichen Herrn ex re eius regelmäßig erwerbe, so würde es doch geradezu den Eindruck des Stumpfsinnes machen, wenn er jetzt erklärte, daß derselbe, was er selbst ex re eius nicht erwerben könne, dem vermeintlichen Herrn erwerbe.

dem allgemeinen Grundsatze, daß der bon. fid. possessor und der Nießbraucher einzig ex re sua und ex operis servi erwerben kann.[22] Offenbar ist für Ulpian das Bedenken, daß das Rechtsgeschäft sonst überhaupt keine Wirkung haben würde, und auch der Schein der Konsequenz bestimmend. Wenn der bona fide serviens selbst ex re des bon. fid. possessor da erwirbt, wo dieser den Erwerb nicht machen kann, so lag es nahe, weiter zu sagen: der bon. fid. possessor erwirbt ex re des bon. fid. serviens, wo letzterer nicht erwerben kann. Damit gelangte man zu einer kongruenten Regel: ist der Erwerb für den, welchem er nach der materiellen causa des Erwerbes zufallen müßte, unmöglich, so macht ihn der andere, so daß in diesem Falle auf jene causa nicht gesehen wird. Dann müßte aber schließlich der bon. fid. possessor und Usufruktuar auch in dem Falle, wenn auf seinen Namen das Erwerbsgeschäft gestellt wird, non ex re sua erwerben, was Ulpian selbst in l. 25 § 3 de usufr. 7, 1 in Abrede stellt.

Anderer Ansicht war Paulus, wie sich aus l. 20 pr. h. t. ergiebt:

> Liber homo bona fide mihi servit; stipulatur ex re mea vel ex operis suis Stichum, qui ipsius est: magis est, ut mihi adquirat, quia et si servus esset meus, adquireret mihi: nec enim illud dici debet, quasi ille quoque in peculio eius esset.

Wenn hier hervorgehoben wird, daß der dienende Freie ex re des vermeintlichen Herrn oder ex operis suis stipuliert hat, so ist damit zugleich ausgedrückt, daß ein Erwerb für den letzteren überhaupt nur in diesem Falle in Frage kommen könne. Nicht allein das Aufwerfen der Frage, sondern mehr noch die Form ihrer Bejahung („magis est") zeigt, daß sie bestritten und ihre Entscheidung dem Juristen selbst zweifelhaft war. Der Zweifelsgrund liegt auf der Hand. Da niemand seine eigene Sache giltig stipulieren kann, wie soll es in unserem Falle der bona fide serviens können? Dabei ist nun augenscheinlich vorausgesetzt, daß die Stipulation nicht auf den Namen des vermeintlichen

[22] Damit begründet Cujacius die Streichung des non. Kohler a. a. O. S. 383 versucht die Entscheidung Ulpians damit zu rechtfertigen, „daß das Erwerbsinstrument den Rechtseffekt subsidiär für denjenigen binglich Berechtigten erzeugt, in dessen Person er eintreten kann."

Herrn lautet — denn da könnte kein Bedenken obwalten — sondern daß der bon. fid. serviens unpersönlich oder gar für sich selbst (sibi dari) stipuliert hat. Paulus entscheidet sich nun für den Erwerb des bon. fid. possessor; jedoch seine Begründung ist nicht recht durchsichtig. Gesetzt nämlich — so deduziert er —, der Stipulator wäre wirklich Sklave des bon. fid. possessor, so würde er ihm doch auch erwerben; hinsichtlich des bon. fid. serviens gilt aber die Regel, daß man durch ihn ex re nostra und ex operis ebenso wie durch einen eigenen Sklaven erwirbt; und da die promittierte Sache dem bon. fid. poss. selbst nicht gehört, so steht auch von dieser Seite seinem Erwerbe nichts entgegen. Nun könnte man gegen diese Deduktion einwenden: wenn der Stipulator in der That eigener Sklave wäre, dann würde doch auch die promittierte Sache (Stichus) nicht eine fremde sein, sondern seinem Herrn gehören, für den er stipulierte. Mithin müßte man auch in unserem Falle, wenn man den bon. fid. serviens hinsichtlich des Erwerbes ex operis suis vel ex re des Quasiherrn wie einen eigenen Sklaven desselben behandelt, folgerichtig die ihm selbst gehörige Sache, die den Gegenstand der Stipulation bildet, als zu seinem Pekulium gehörig ansehen. Zweifellos kann aber ein Gewaltunterworfener Pekuliarsachen sich nicht giltig promittieren lassen. Dieser sophistische Einwurf wird aber von Paulus mit Recht zurückgewiesen. Die stipulierte Sache gehört weder zum Pekulium des bon. fid. serviens, noch darf sie als Pekuliarbestandteil fingiert werden; denn wenn man jenen hinsichtlich des Erwerbes für den vermeintlichen Herrn ex re eius vel ex operis suis einem wirklichen Sklaven desselben gleichstellt, so folgt daraus noch nicht, daß man sein eigenes Vermögen als Pekulium behandeln müßte.[23]

[23] Das scheint mir der ungefähre Sinn des Schlußsatzes zu sein. Völlig mißverstanden ist er von Cujacius l. c., welcher dem Juristen den ganz unmöglichen Gedanken unterlegt, daß ein Sklave auch eine zu seinem Pekulium gehörige Sache giltig stipulieren könne und so dem Herrn die Klage erwerbe, während er für sich selbst, wenn er ohne Entziehung des Pekulium freigelassen wird, den Erwerb nicht machen könnte, da die Sache bereits in seinem quasi patrimonium stehe. Dagegen streift die richtige Erklärung schon die Glossa „de peculio“ ad h. l. in der zweiten solutio.

§ 10. Schwebender Erwerb.*

I. Da für den Nießbraucher und bonae fidei possessor ein Sklavenerwerb nur ex re sua vel ex operis des serviens eintritt, so findet hinsichtlich des Erwerbes aus den vom letzteren eingegangenen entgeltlichen Rechtsgeschäften eine Ungewißheit statt, so lange als die ausbedungene Gegenleistung oder Kausalleistung noch nicht erfolgt ist. Der rechtliche Erfolg des Geschäftes, der Erwerb selbst steht fest; aber die subjektive Wirkung des Rechtsgeschäftes ist in der Schwebe, die Frage, ob der eine oder der andere den Erwerb gemacht habe, vorläufig eine unentscheidbare.[1] Die Quellen handeln nur vom servus fructuarius[2] und heben zwei Fälle hervor: Kauf einer Sache mit Kreditierung des Preises und Darlehnsstipulation vor Auszahlung der promittierten Summe.

a) Hinsichtlich des letzteren Falles heißt es in l. 25 § 1 de usufr. 7, 1: — si stipulatus sit servus (sc. fructuarius) numeraturus pecuniam, . numeratio declarabit, cui sit adquisita stipulatio.[3] Darüber, daß vor Auszahlung der Darlehnssumme weder der Proprietar noch der Nießbraucher den Promittenten in Anspruch nehmen könne, war ein Zweifel füglich nicht statthaft: kann doch der Klage aus der Stipulation überhaupt der Promissor, der das zugesagte Darlehn nicht empfangen hat, eine exc. doli entgegensetzen. Wenn wir von dem fraglichen

---

* Vgl. Kuntze a. a. O. § 15. 16.

[1] Diesen Fall berühren auch, gehen aber nicht näher auf ihn ein Fitting, Rückziehung S. 17. 52. Wächter, schwebendes Eigentum, (Lpzg. 1871) S. 8 fg. Enneccerus, Rechtsgeschäft § 27. 29.

[2] Mit gutem Grunde, da einzig bei ihm jene Unentschiedenheit vorläufig von praktischer Bedeutung ist. Auch beim bona fide serviens, mag er ein servus alienus oder ein liber homo sein, befindet sich der Erwerb freilich theoretisch ebenso in pendenti; aber so lange er noch als Sklave des bon. fid. possessor gilt, kann die Frage, wem erworben sei, gar nicht zur Sprache kommen und davon, daß der dominus oder der liber homo selbst aus dem Rechtsgeschäft den Erwerb beanspruchen, nicht die Rede sein. Erst wenn es feststeht, daß er ein fremder Sklave oder ein Freier ist, stellt es sich nachträglich heraus, daß der Erwerb, wenn die Zahlung nicht ex re des bon. fid. possessor erfolgt war, für den dominus oder den Freien selbst eingetreten war, bezw. wenn bis dahin die Zahlung noch nicht stattgefunden hatte, daß ein Schwebeverhältnis begründet war und noch besteht.

[3] Vorausgesetzt ist, daß der Sklave impersonaliter oder für sich selbst (sibi dari) stipuliert hat.

Pendenzverhältnis ganz absehen, würde der Nießbraucher, der aus der Stipulation Klage erhebt, immer beweisen müssen, daß ex re sua stipuliert sei, also daß der Promissor aus seinem Vermögen Geld dargeliehen erhalten habe: es sei denn, daß die Stipulation auf den Namen des ersteren gestellt war, in welchem Falle umgekehrt letzterem der Beweis obliegen würde, daß ihm überhaupt nicht oder nicht ex re fructuarii die verabredete Summe gezahlt sei.[4] Dagegen die Klage des Proprietars würde, auch wenn die Stipulation nicht auf seinen Namen lautet,[5] da er als dominus durch den Sklaven nicht bloß ex re sua erwerben kann, immer nur mittelst exc. doli zurückgewiesen werden können, bei welcher der Promissor zu beweisen hat, entweder daß er überhaupt kein Geld, oder daß er es ex re fructuarii empfangen habe. Daran kann auch die Konstruktion, daß erst die die Zahlung klarstelle, wer die Stipulationsforderung erworben habe, nichts ändern.

Halten wir daran fest, daß, da die numeratio die causa stipulationis bildet, ohne Zahlung aus der Stipulation keine wirksame Klage hervorgeht, so werden wir weiter sagen müssen: bevor der Promissor die Darlehnssumme erhalten hat, ist es unentschieden, nicht bloß für wen, sondern ob überhaupt durch die Stipulation eine Forderung begründet ist. Noch einleuchtender ist es, daß hinsichtlich der Entstehung einer Forderung überhaupt Ungewißheit besteht, in dem Falle der l. 18 § 3 de stip. serv. 45, 3:

> Papinian. l. 27 Quaest. Cum idem servus ita stipuletur 'quantam pecuniam tibi intra illum diem dedero, tantam dari spondes?' in pendenti est, quis ex stipulatu sit habiturus actionem. Si enim ex re fructuarii vel operis suis pecuniam dederit, fructuario, si vero aliunde, domino stipulatio quaeretur.

Hier ist die Entstehung einer Forderung noch völlig ins Ungewisse gestellt. Da die Stipulation selbst nicht auf eine bestimmte oder jetzt schon bestimmbare Summe gerichtet ist, so wird durch die spätere numeratio auch nicht bloß das kausale Moment der Stipulation begründet; vielmehr empfängt sie durch jene Zahlung erst ihren Inhalt. Sie geht auf so viel als dem Pro-

[4] S. 188 Anm. 8; vgl. auch S. 123.

[5] Aber selbstverständlich auch nicht auf den Namen des Nießbrauchers, in welchem Falle der dominus überhaupt nicht erwerben könnte.

mittenten bis zu dem festgesetzten Tage gezahlt sein wird. Daher entsteht auch eine Forderung erst mit der Auszahlung des Geldes und an eine Rückziehung ist nicht zu denken.[6]

b) Anders steht es beim Kaufe des servus fructuarius, wenn ohne Zahlung des Kaufpreises die Sache ihm übereignet ist.

l. 25 § 1 de usufr. 7, 1. Ulp. l. 18 ad Sab. — Interdum in pendenti est, cui adquirat iste fructuarius servus: ut puta si servum emit et per traditionem [mancipio] accepit necdum pretium numeravit, sed tantummodo pro eo fecit satis, interim cuius sit, quaeritur. Et Julianus l. 35 digest. scripsit in pendenti esse dominium eius et numerationem pretii declaraturam, cuius sit: nam si ex re fructuarii, retro fructuarii fuisse.

l. 12 § 5 eod. Id. l. 17 ad Sab. — in pendenti est dominium, ut ipse Julianus ait in . . . eo quod servus fructuarius per traditionem [mancipio] accepit nondum quidem pretio soluto, sed tamen ab eo satisfacto.

l. 43 § 2 de A. R. D. 41, 1. Gaius l. 7 ad edict. prov. Cum servus, in quo alterius ususfructus est, hominem emit et ei traditus sit, antequam pretium solvat, in pendenti est, cui proprietatem adquisierit; et cum ex peculio, quod ad fructuarium pertinet, solverit, intelligitur fructuarii homo fuisse: cum vero ex eo peculio, quod proprietarium sequitur, solverit, proprietarii ex post facto fuisse videtur.

Die Verschiedenheit von dem vorigen Falle leuchtet ein. Hier ist Eigentum definitiv übertragen,[7] fragt sich nur, ob auf

[6] Fitting a. a. O. S. 43 Anm. 74 behandelt die Stipulation als eine bedingte und läßt Rückziehung eintreten. Dagegen spricht schon, abgesehen von allem übrigen, der unserem Falle vorausgehende Inhalt der l. 18 § 3 cit. (S. 215. 219.) Vergl. auch meine Schrift über die Novation S. 421. Mit Fitting stimmt in der Hauptsache überein Enneccerus a. a. O. S. 258 fg.

[7] Auf den bekannten, angeblich schon den 12 Tafeln angehörigen Rechtssatz, daß Eigentum an der verkauften Sache nur bei Zahlung bezw. Sicherstellung (satisfactio) oder Kreditierung des Kaufpreises übergeht, ist hier nicht näher einzugehen; vgl. darüber Leist, Manzipation § 12—23. 40—44. Exner, Tradition S. 338 fg. Hofmann, über das periculum beim Kauf S. 169 fg. Enneccerus a. a. O. S. 253 fg. (Nur beiläufig mag bemerkt werden, daß der Rechtssatz von großer praktischer Bedeutung insbesondere

den Proprietar oder den Usufruktuar; die Zahlung des Preises beseitigt bloß die Ungewißheit darüber, wer das Eigentum erworben hatte. Wie der Eigentumserwerb selbst, so befinden sich auch alle auf die erworbene Sache bezüglichen Rechtsakte des Proprietars und Usufruktuars in der Schwebe. Ferner setzt sich die Unentschiedenheit hinsichtlich des Eigentumes, wenn ein Sklave den Kaufgegenstand bildet, auch weiter fort auf den gesamten Erwerb, den dieser seit der Tradition macht. Wäre der Kaufpreis nicht kreditiert, so würde der Verkäufer vorläufig Eigentümer bleiben und die Zahlung die Entscheidung darüber bringen, nicht bloß für wen, sondern daß überhaupt ein Eigentumsüber-

---

beim Verkauf an einen Sklaven war. Es wäre sonst auf den Herrn das Eigentum der tradierten Sache übergegangen, während der Verkäufer auf die act. de peculio beschränkt blieb. Eine bloße Kreditierung des Kaufpreises ohne satisfactio wird übrigens bei Geschäften mit Sklaven nicht so leicht vorgekommen sein.) Die Ausführung des letzteren, daß die Gleichstellung der Kreditbewilligung mit der Zahlung bezüglich des Eigentumsüberganges erst der nachklassischen Zeit angehöre, ist nicht überzeugend. Daß ihr erst später als der satisfactio Bedeutung beigemessen wurde, kann ohne weiteres zugegeben werden (vgl. Pernice, Labeo I. S. 457 fg.); dabei wird man ferner nicht an formlose Stundung des Kaufpreises, sondern an Kreditierung mittels stipulatio (oder expensilatio) zu denken haben. Was die Manzipation auf Grund des Kaufes anbetrifft, so bleibt es immer zweifelhaft, wie weit der Eigentumsübergang durch Zahlung oder Kreditierung des Preises bedingt war. Wir beschränken uns auf die Zeit des klassischen Rechts (hinsichtlich der 12 Tafeln vgl. außer den Genannten noch Bekker, Aktionen I. S. 34 fg. Pernice a. a. O. S. 461) und da muß konstatiert werden, daß es für den fraglichen Satz bei der Manzipation keinen Quellenbeleg giebt. Die einzigen Stellen, auf die man sich überhaupt berufen könnte, sind l. 25 § 1. l. 12 § 5 cit. Daß beide von der Manzipation handelten und „per traditionem“ für „mancipio“ interpoliert ist, kann freilich keinem Zweifel unterliegen; aber daraus läßt sich für den fraglichen Satz kein Argument gewinnen. Denn die Entscheidung des Juristen hätte ebenso ausfallen müssen, wenn die Manzipation auch ohne Preiszahlung sofort Eigentum übertrug. Allerdings steht unter dieser Voraussetzung der einschränkende Zusatz „sed tantummodo pro eo fecit satis“ und „sed tamen pro eo satisfacto“ ziemlich überflüssig da; aber auch dieser Zusatz scheint eine durch die Verwandlung des „mancipio“ in „per traditionem“ notwendig gemachte Interpolation zu sein. Daß der Verkäufer die durch mancipatio übertragene Sache hätte vindicieren können, will auch zu dem formalen Charakter der mancipatio nicht recht stimmen. Eher wäre es möglich, daß der Manzipant, der die Sache noch nicht übergeben hatte, gegen die Vindikation des Käufers geschützt wurde. Der Verkäufer manzipiert die Sache in Erwartung der Zahlung oder Sicherstellung des Kaufpreises; erfolgt diese nicht, so giebt er die Sache nicht aus der Hand. Ob ihm, wenn er dem Käufer noch den Besitz überlassen hatte, die act. Publiciana zuständig war, mag dahingestellt bleiben.



gang jetzt eintritt.[8] Im Falle der satisfactio durch Bürgschaft oder Expromission endlich würde, wenn auch der dritte den Preis bezahlt, das Pendenzverhältnis so lange bestehen, bis dieser den Proprietar oder den Usufruktuar in Anspruch nimmt. Übrigens ist nun hier ebenso, wie wir es bei der Darlehnsstipulation gesehen haben, die Stellung des Nießbrauchers und des Proprietars

---

[8] In dem Streite, ob, wenn ohne Kreditierung des Kaufpreises die Sache tradiert wird, der Eigentumsübergang erst im Augenblicke der Zahlung stattfinde (wie Bechmann, Kauf I. S. 209 annimmt), oder als schon im früheren Momente der Tradition erfolgt angesehen werden müsse (wofür neuestens namentlich Enneccerus a. a. O. S. 250 fg. eintritt), muß ich mich der ersteren Auffassung anschließen. Dafür spricht entschieden l. 25 § 1 cit.; denn will man hier nicht die Hervorhebung der satisfactio neben der Tradition für etwas ganz Überflüssiges ansehen, so ist doch die Folgerung unvermeidlich, daß, wenn eine Preiskreditierung nicht stattgefunden hätte, auch das dominium nicht in pendenti gewesen wäre. Dawider kann man sich auch nicht auf Gai. l. 43 § 2 cit. und Paul. l. 43 § 10 de aed. ed. 21, 1 berufen; denn in beiden Stellen war gar keine Veranlassung, der satisfactio oder der Kreditbewilligung zu gedenken, und in der ersteren kann Gajus sie wohl auch deshalb nicht erwähnt haben, weil er sie als selbstverständlich voraussetzt. Der praktische Grund, den Enneccerus für die Rückziehung des Eigentumsüberganges auch bei Nichtkreditierung des Kaufpreises anführt, daß sie nämlich „dem Käufer ermöglicht, in der Zwischenzeit zwischen Tradition der Ware und Zahlung des Kaufpreises Dispositionen über die Sache zu treffen, und umgekehrt dem Verkäufer die Möglichkeit abschneidet, in der Zwischenzeit durch seine Dispositionen das Recht des Käufers für den Fall zu beeinträchtigen, daß die Zahlung des Kaufpreises später erfolgt," — möchte eher gerade für die entgegengesetzte Auffassung sprechen. Dabei wird übersehen, daß der Verkäufer doch die Sache vor der Preiszahlung vindicieren kann. Und kann er doch auch vor der Tradition mit voller Rechtswirkung über die Sache disponieren; wobei die Frage, ob und wann er auch in unserem Falle mit der act. empti in Anspruch genommen werden könnte, ganz auf sich beruhen bleiben kann. Und wie, wenn der Verkäufer die Sache vindiciert hat? sollte dann etwa auch noch die spätere Zahlung des Kaufpreises feststellen, daß der Käufer durch die Tradition schon Eigentum erworben hatte? Folgerecht werden auch alle auf die verkaufte Sache bezüglichen Klagen, wie act. l. Aquiliae und cond. furtiva bis zur Bezahlung des Kaufpreises dem Verkäufer zustehen und wird ihm auch aller Erwerb des verkauften Sklaven (insbesondere durch Erbschaften) zufallen. Der Käufer würde eventuell nur einen obligatorischen Anspruch auf diesen Erwerb gegen den Verkäufer haben. Unter allen Umständen kann davon, daß das Eigentum bis zur Zahlung des Preises objektiv in der Schwebe sei, wie Enneccerus annimmt, nicht die Rede sein. Da wäre gar leicht der Verkäufer um seine Sache gekommen und hätte beim Kaufpreis das Nachsehen gehabt. Höchstens könnte die — beim legatum von den Sabinianern durchgeführte — Konstruktion in Frage kommen, daß mit der Zahlung nach rückwärts das Eigentum des Verkäufers aufgelöst und der Käufer als Eigentümer angesehen wird. (Vgl. unten bei Anm. 26.) Aber auch für diese Auffassung gewähren die Quellen keinen Anhalt.

eine verschiedene. Ersterer muß, wenn er die Sache vom dritten Besitzer vindiciert, den Erwerb ex re sua nachweisen; letzterer hat nur zu beweisen, daß die Sache seinem Sklaven manzipiert oder tradiert war, und kann den Gegenbeweis des Beklagten, daß dieser Sklave im Nießbrauch stehe und der Kaufpreis ex re fructuarii oder überhaupt nicht gezahlt sei, abwarten.[9] Auch für den Besitzerwerb und die Ersitzung der gekauften Sache ist hier die Zahlung des Kaufpreises entscheidend. Je nachdem der servus fructuarius den Preis aus dem Pekulium, welches er beim Nießbraucher oder aus dem, welches er beim Proprietar hat, zahlt, ist die Ersitzung für den ersteren oder den letzteren begründet. Und so ist denn hier die Preiszahlung auch eine Voraussetzung der act. Publiciana des Nießbrauchers.[10]

Nicht bloß der Erwerb des Eigentums, sondern auch der Forderung aus dem Kaufe befindet sich in der Schwebe. Also die actio empti auf Leistung der vom Sklaven gekauften Sache ist nur dem zuständig, aus dessen Vermögen der Sklave den Kaufpreis entrichtet hat.

> l. 24 pr. de A. E. V. 19, 1. Jul. l. 15 Dig. Si servus, in quo ususfructus tuus erat, fundum emerit, ... nihil interest, tu solvas an servus ex eo peculio quod ad te pertinet: nam utroque casu actionem ex empto habebis.

So wird denn auch der eine oder andere, indem er selbst Zahlung anbietet, gegen den Verkäufer auf Tradition klagen können. Darin würde nichts besonderes liegen, da überhaupt „offerri pretium ab emptore debet, cum ex empto agitur". Wie aber, wenn der Kaufpreis kreditiert oder von einem dritten verbürgt oder expromittiert war? Daß auch dann gegen den Verkäufer keine Klage erhoben werden könnte, die Kreditbewilligung oder satisfactio also hier ohne alle Bedeutung wäre, ist natürlich undenkbar. Nach dem früher Bemerkten wird nun

[9] Ebenso verhält es sich bei der condictio furtiva und act. legis Aquiliae, wenn die dem Sklaven tradierte Sache entwendet oder vernichtet wird. l. 12 § 5 de usufr. 7, 1: cum in pendenti est dominium, dicendum est condictionem pendere beweist nicht gegen uns.

[10] Gaius l. 7 ad ed. prov. handelt von der act. Publiciana und es ist nicht unwahrscheinlich, daß l. 43 § 2 cit. in nahem Zusammenhange mit l. 8 de Publ. 6, 2 steht. Es ist daher auch nicht mit Leist a. a. O. S. 80 anzunehmen, daß dort „traditus" für „mancipatus" interpoliert sei.

zwar nicht der Usufruktuar, wohl aber der Proprietar die actio empti haben, der Verkäufer jedoch sich auch durch Tradition an den Sklaven liberieren können.[11] Ferner kann der Verkäufer

---

[11] Dagegen könnte man ein Bedenken geltendmachen. Bekanntlich muß der Herr, wenn er aus einem Kaufe des Sklaven klagt, den Preis voll, nicht bloß bis zum Belaufe des Pekulium bezahlen. (l. 31 § 1 de R. C. 12, 1. l. 57 pr. de aed. ed. 21, 1; vgl. l. 9 pr. de comp. 16, 2.) Sollte nun, wenn dem Sklaven auf Kredit verkauft war, der Herr mit der act. empti durchdringen und der Verkäufer dann mit der act. venditi auf das Pekulium beschränkt sein? Man könnte daran denken, daß der Herr, wenn auch nicht den Preis zahlen, so doch zur Zahlung sich durch Stipulation verpflichten mußte. Aber dazu lag kein Grund vor. Auch ist der Verkäufer nicht gefährdet, da doch, wenn er dem Herrn die Sache zu leisten genötigt wird, der Thatbestand einer in rem versio aus dem Kaufkontrakt des Sklaven vorliegt. So würde er auch, wenn der Sklave kein Pekulium besitzt, mit der act. de in rem verso den Kaufpreis vom Herrn erlangen können. Und im Grunde genommen, geschieht dem Verkäufer auch kein Unrecht, wenn er hier ohne Empfang des Kaufpreises die Sache gegen einen vielleicht ganz unsicheren Anspruch aus den Händen lassen muß; denn dies ist ein Risiko, welches er bei jedem Verkauf auf Kredit zu tragen hat. — Wenn der Verkäufer auf erhobene Klage dem Proprietar tradiert hat, so ist damit der Erwerb für den Nießbraucher abgeschnitten. Zahlt dann später dieser selbst oder der Sklave ex re fructuarii den Kaufpreis, so würde die Frage entstehen, ob gegen den Proprietar eine condictio begründet ist. Die Frage ist entschieden zu verneinen; der Nießbraucher wäre auf condictio indebiti gegen den Verkäufer beschränkt. Andererseits könnte er auch von dem Bürgen oder Expromissor des Sklaven nicht in Anspruch genommen werden. Hätte der Verkäufer aus freien Stücken statt an den Sklaven, an den Proprietar tradiert, so würde der Nießbraucher, wenn aus seinem Vermögen gezahlt wird, zweifellos die act. empti gegen den Verkäufer haben. Diesem würde aber, wenn er vom Nießbrauch Kenntnis hatte, gegen den Proprietar nicht die condictio indebiti zustehen; es könnte nur die act. venditi auf Zahlung des Kaufpreises für ihn in Frage kommen, wenn man nicht die Tradition als unter der Voraussetzung oder unter der Bedingung der Zahlung ex re proprietarii geschehen auffassen will, so daß dem Verkäufer die cond. causa data non secuta bezw. die Vindikation gegen den Proprietar zustehen würde. Hat der Verkäufer, indem er den Nießbraucher oder bon. fid. possessor irrtümlich für den Eigentümer hält — (in welchem Falle auch die act. empti jener erst die rechte praktische Bedeutung gewinnen würde) — jenem tradiert, so wäre für ihn, wenn er bei Zahlung des Kaufpreises ex re des dominus von dem letzteren aus dem Kaufe in Anspruch genommen wird, natürlich die cond. indebiti gegen den Empfänger der Sache begründet. Ob hier der dominus — und im vorigen Falle der Nießbraucher — direkt mit einer condictio sine causa von dem Empfänger die Herausgabe der Sache verlangen könnte, lassen wir dahingestellt (vergl. l. 31 § 1 de R. C. 12, 1. l. 24 § 1 de A. E. V. 19, 1); wir möchten aber eher diese Frage (wie Voigt, condictiones S. 676 Anm. 603, dessen Interpretation der l. 31 § 1 cit. im übrigen, insbesondere was die Vindikation der nummi peculiares vom bon. fid. poss. anbetrifft, völlig verfehlt erscheint) mit Bezugnahme auf S. 191 bejahen. Die von Witte,

wegen Eviktion der Sache und mit der act. redhibitoria nur von dem in Anspruch genommen werden, aus dessen Vermögen der Kaufpreis gezahlt ist; also vor der Zahlung von keinem von beiden.

> l. 43 § 10 de aed. ed. 21, 1. Paul. l. 1 ad ed. aed. — Interdum etiamsi pura sit venditio, propter iuris condicionem in suspenso est, veluti si servus, in quo alterius ususfructus alterius proprietas est, aliquid emerit: nam dum incertum est, ex cuius re pretium solvat, pendet, cui sit adquisitum, et ideo neutri eorum redhibitoria competit.

Dies würde auch im Fall der satisfactio oder der Kreditierung des Kaufpreises gelten.[12]

Wie steht es nun aber mit dem Anspruch des Verkäufers aus dem mit dem servus fructuarius geschlossenen Kontrakte? Mit dem Grundsatze, den Pomponius in l. 2 de pec. 15, 1 aufstellt, daß gegen den Nießbraucher nur „ex ea causa, ex qua soleret servus fructuarius ei adquirere" die act. de peculio platzgreife, würden wir hier nicht zurechtkommen, da der Erwerb sowohl für diesen, wie für den Proprietar sich noch in der Schwebe befindet. Also der Verkäufer kann nach seiner Wahl den Nießbraucher oder Proprietar in Anspruch nehmen.[13] Die Haftung

---

Bereicherungsklagen in l. 31 § 1 cit. supponierte utilis condictio indebiti wäre beispiellos und wird auch nicht durch l. 53 de cond. ind. 12, 6 belegt.

[12] In betreff des Eviktionsanspruches des Proprietars bei Kreditierung des Kaufpreises bleiben Zweifel, wenn man ihm die act. empti auf Tradition zugesteht (vgl. l. 11 § 2 de A. E. V. 19, 1). Die act. redhibitoria könnte ihm aber schon deshalb nicht gewährt werden, weil ja der Nießbraucher möglicherweise die gekaufte Sache zu behalten willens wäre.

[13] Wie es scheint, ist es Julian, auf den in l. 19 § 1 de pec. 15, 1 (Ulp.) der Satz zurückgeht, daß jeder zunächst „ex eo contractu qui ad eum respicit" (oder zunächst der „ad quem res respicit") de peculio zu belangen sei, der andere aber subsidiär (auf den das Pekulium des ersteren übersteigenden Betrag) hafte. l. 37 § 3 eod. (Es wäre nur schwer, in jedem Falle festzustellen, wen von beiden der Kontrakt eigentlich angehe, auf welches von beiden Pekulien er sich beziehe. Freilich nicht immer unmöglich: so wenn der servus fructuarius ausdrücklich für den Nießbraucher kontrahiert, oder eine zu dem Pekulium bei diesem gehörige Sache verkauft oder vermietet, oder seine operae verdungen, oder eine für dieses Pekulium zu verwendende Sache gekauft oder gemietet, ein Darlehn behufs Unterhaltung solcher Pekuliarsachen aufgenommen hätte. Aber in den meisten Fällen würde sich der Gläubiger gar nicht in der Lage befinden, zu wissen, gegen wen von beiden er Klage zu

ex empto ist nicht durch den Erwerb und ebensowenig der Erwerb durch die Haftung bedingt. Denn wenn der Sklave nur bei dem einen ein Pekulium hätte, so würde doch nur dieser vom

---

erheben habe; und zumal wenn ihm noch der Beweis der Passivlegitimation obgelegen hätte. Auch gab es Fälle genug, wo es sich überhaupt nicht sagen läßt, daß der Kontrakt den einen oder den anderen angeht; z. B. der servus fructuarius hat ein Darlehn aufgenommen und das Geld durchgebracht, eine Sache gekauft und sie verschenkt.) Marcellus stimmt Julian soweit bei, daß der Gläubiger jedenfalls, wenn er durch die Klage gegen den, ad quem res respicit, nicht volle Befriedigung wegen Insuffizienz des Pekulium erlangt habe, sich nun an den anderen auf den Rest halten könne; er geht aber noch weiter und giebt dem Gläubiger gegen jeden ex omni contractu nach seiner Wahl die Klage. Und diese Meinung ist von Papinian und Ulpian gebilligt. Anders wird von Mandry, Zeitschr. f. Rechtsgesch. B. 8 S. 384. 413 das Verhältnis aufgefaßt. Ich muß deshalb auf l. 19 § 1 cit. noch etwas näher eingehen. Das Pekulium des Dotalsklaven, führt Ulpian aus, ist seinem Ursprunge nach duplicis iuris, indem der eine Teil (nämlich der Erwerb des Sklaven ex re mariti vel ex operis suis), „ad maritum pertinet" d. h. dem Ehemann nach Trennung der Ehe verbleibt, der andere Teil (nämlich der übrige Erwerb) „ad mulierem respicit" d. h. der Frau restituiert werden muß. Die Frage ist nun: wenn aus einem auf den ersteren Teil des Pekulium bezüglichen Vertrage des Sklaven geklagt wird, kann dann der Ehemann ohne Unterschied alles, was der Sklave ihm schuldet, zur Deduktion bringen, oder nur seine ebenfalls auf diesen Teil bezüglichen Forderungen, so daß diese beiden Pekuliarmassen auch gegenüber der act. de peculio gesondert und gewissermaßen als zwei selbständige Pekulien, für die ein besonderes Deduktionsrecht besteht, behandelt würden? Zum Vergleich wird von Ulpian die pekuliare Haftung des Nießbrauchers herangezogen. Es sei die Frage verhandelt, ob dieser „ex eo demum contractu, (qui ad se respicit) an ex omni", mit act. de peculio in Anspruch genommen werden könne. „Et Marcellus etiam fructuarium teneri scribit et ex omni contractu: eum enim qui contrahit totum servi peculium velut proprium patrimonium intuitum". Diesen Satz z. B. mit Mandry dahin zu verstehen, daß der Nießbraucher prinzipaliter nur aus dem Geschäft in Anspruch genommen werden könne, welches mit dessen Pekulium im Zusammenhange steht, ist einfach unmöglich. Dem widerspricht sowohl der vorangehende Satz, wie die Begründung der These. Daß Papinian mit Marcellus übereinstimmt, ergiebt sich aus l. 50 § 3 eod., wo es offenbare Willkür ist, die Worte „quamquam creditor electionem alias haberet" dahin auszulegen, daß „zunächst der Eigentümer zu belangen sei." Auch Ulpian ist derselben Ansicht, wie schon daraus hervorgeht, daß er in l. 32 pr. eod. die Begründung des Marcellus einfach wiederholt. (Setzen wir den folgenden Satz: „certe illud—conveniatur" in Parenthese, so wäre dies sogar direkt ausgesprochen in der Bemerkung: „quae sententia probabilior est et a Papiniano probatur." Jedoch diese Bemerkung kann auch auf den unmittelbar vorangehenden Satz bezogen werden.) Der Nießbraucher haftet also aus jedem Geschäft des Sklaven, aber nur „de peculio quod ad se pertinet", und daher kann auf den Rest der Proprietar mit der act. de peculio in Anspruch genommen werden; vgl. l. 32 pr. cit. und auch l. 47 § 3 eod. (Proc.) (Wenn

Verkäufer in Anspruch genommen werden können; es könnte aber sicher auch der andere durch Zahlung das Eigentum der gekauften Sache erwerben, mag der Kaufpreis dem Sklaven kreditiert sein oder nicht. Auch die Klagerhebung und Litiskontestatio des Verkäufers mit dem, bei welchem allein der Sklave ein Pekulium besitzt, würde den Erwerb des Eigentumes der tradierten Sache noch nicht an dessen Person knüpfen. Erst mit der Kondemnation wäre ihm die Sache ex re sua erworben und damit das Schwebeverhältnis beendigt, selbst wenn jene unter dem Betrage des Kaufpreises bleibt. Hat dagegen der Sklave bei beiden ein Pekulium, so würde die Kondemnation des einen in der act. de peculio nur dann diesen Erfolg haben, wenn sie auf den vollen Betrag der Kaufschuld ergangen ist. Denn hat sie ihn nicht erreicht, so könnte ja der Verkäufer noch gegen den anderen auf den Rest klagen; es würde mithin ein Erwerb für den ersteren vorläufig nur zu dem entsprechenden Teile eingetreten sein.

Wird der Kaufpreis aus beider Vermögen gezahlt, so versteht sich von selbst, was noch Julian l. 25 § 1 cit. hervorhebt, „ad utrumque dominium pertinere scilicet pro rata pretii soluti". Dagegen gelangt Ulpian l. c. in dem Falle, wo der

---

es heißt „priore convento ad quem res respicit", so ist damit natürlich nicht gesagt, daß der, ad quem res respicit, auch zuerst in Anspruch genommen werden müßte.) Ferner kann der Nießbraucher auch nur in Abzug bringen, was ihm selbst, nicht was dem Proprietar geschuldet wird. (l. 13. 15 eod. Einleuchtend genug; denn dem auf den Rest belangten Proprietar könnte doch das Deduktionsrecht wegen seiner Forderungen nicht genommen werden nnd so käme der Gläubiger des Sklaven zu kurz. Daß der Nießbraucher gegen den Proprietar Regreß nehmen könne, ist damit nicht ausgeschlossen.) Und ebenso verhält es sich, wenn der Sklave von mehreren bon. fid. besessen wird oder im Nießbrauch mehrerer steht. Wie nun beim Ehemann? „Sed in marito melius est dicere simpliciter eum de peculio teneri." Also da fallen alle jene Distinktionen fort. Er haftet nach der allgemeinen Regel, wie jeder Eigentümer eines Sklaven, aus jedem Kontrakt, ohne daß danach gefragt würde, auf welche Pekuliarbestandteile sich dieser bezieht; in dieser Hinsicht nicht anders, wie auch der Nießbraucher. Aber abweichend vom Nießbraucher, nicht bloß mit der Pekuliarmasse, die ihm zukommt, sondern mit dem ganzen Pekulium, worin zugleich liegt, daß er „omne quod ei debetur" ohne Unterschied zur Deduktion bringen darf. Erst bei der Abrechnung mit der ihre Dos herausverlangenden Frau kann daher die causa der gegen den Ehemann mit der actio de peculio realisierten Forderung, die Frage, auf welchen Pekuliarbestandteil sie sich beziehe, zur Sprache kommen. Eine andere Entscheidung scheint auch kaum denkbar, da der Ehemann der einzige Herr des Dotalsklaven und des Pekulium desselben ist, welches doch bis zur Restitution der Dos allein zu seinem Vermögen

Sklave aus dem Vermögen eines jeden den ganzen Kaufpreis, also das Doppelte entrichtet, zu einer Entscheidung, die in hohem Grade befrembet:[14]

> Quid tamen si forte simul solverit ex re utriusque, ut puta decem milia pretii nomine debebat et dena solvit ex re singulorum: cui magis servus adquirat? si numeratione solvit, intererit, cuius priores nummos solvat: nam quod postea solverit, aut vindicabit,[15] aut, si fuerint nummi consumpti, ad condictionem pertinent. Si vero simul in sacculo solvit, nihil fecit accipientis et ideo nondum adquisiisse cuiquam dominium videtur, quia cum plus pretium solvit servus, non faciet nummos accipientis.

Die erste Entscheidung ist unbedenklich. Hat der Sklave mehr, als die Kaufsumme beträgt, hingezählt, so können die zuviel gezahlten Münzen vindiciert werden, vorausgesetzt, daß sich feststellen läßt, zu wessen Vermögen die zuerst bis zum Betrage des Kaufpreises gezahlten Münzen gehören. Setzen wir den Fall, es hätte zuerst der Nießbraucher, dann der Proprietar den Kaufpreis gezahlt, so würde allerdings immer nur eine condictio für den letzteren begründet sein. Wenn nun bei der Aufzählung der doppelten Kaufsumme durch den Sklaven hinsichtlich der zuletzt gezahlten Geldstücke dem Eigentümer derselben die Vindikation gegeben wird, so erklärt sich dies ganz einfach daraus, daß dem Sklaven keine Veräußerungsbefugnis zustand. Denn durch Zahlung der vollen Kaufsumme aus dem Vermögen des einen war die Kaufschuld getilgt; was darüber gezahlt wurde, war ein indebitum. Die dem Sklaven gewährte administratio peculii erstreckt sich aber nur auf die Zahlung von Schulden; durch Leistung nicht geschuldeter Objekte aus dem Pekulium wird daher, auch wenn der Sklave irrtümlich eine Schuld voraussetzte, kein Eigentum übertragen.[16]

---

gehört. Und so dürfte man wohl annehmen, daß die „quaestio dilucidius in fructuario tractata“ in betreff des Ehemannes in Wahrheit gar nicht, wenigstens in der Praxis nicht, verhandelt wurde. Vgl. auch oben S. 125 Anm. 27. 28 und unten S. 230 fg.

[14] Vgl. Dernburg im Archiv f. civilist. Praxis Bd. 40 S. 18 fg.

[15] Mommsen emendiert: vindicabuntur; es könnte aber vielleicht auch „alter“ eingeschoben werden.

[16] Das tritt noch klarer hervor, wenn eine individuelle Sache geleistet

Anders aber steht es mit der zweiten Entscheidung. Wenn der Sklave das Doppelte des Kaufpreises, aus dem Vermögen des Nießbrauchers und des Proprietars, nicht hinzählt, sondern in einem Beutel zahlt, so sollen die Geldstücke nicht in das Eigentum des Empfängers übergehen und daher der Erwerb des Eigentumes der gekauften Sache sich noch weiter in der Schwebe befinden. Also alles gezahlte Geld soll vindiciert werden können. Und wenn es der Verkäufer verausgabt oder mit dem eigenen Gelde vermischt hat? Dann müßte folgerichtig dem Proprietar und dem Nießbraucher eine condictio auf die ganze aus seinem Vermögen gegebene Summe zustehen, der freilich mit exc. doli begegnet werden könnte. Ob nun Ulpian diese Folgerung wirklich zieht, ist allerdings zweifelhaft; aber anstößig bleibt seine Entscheidung immer. Sicher überträgt doch der Sklave an den gezahlten Geldstücken das Eigentum auf den Verkäufer. Zahlt er mehr als der Kaufpreis beträgt, so kann nur hinsichtlich dieses Plus der Eigentumsübergang in Abrede gestellt werden. Warum sollte nun etwas anderes gelten, wenn der servus fructuarius aus dem Vermögen beider gezahlt hat, mögen nun die einzelnen Münzen im Miteigentum beider stehen, oder die einen Münzen dem Proprietar, die anderen dem Nießbraucher gehören? Das Eigentum an den Geldstücken geht auf den Verkäufer bis zum Betrage des Kaufpreises über, oder — juristisch korrekter ausgedrückt — der Empfänger erwirbt das Eigentum an einem ideellen Teile (hier die Hälfte), sei es der einzelnen in dem Beutel enthaltenen Geldstücke, sei es der ganzen Quantität als solcher. Gleichviel, es kommt immer eine dem Kaufpreise entsprechende Summe in sein Vermögen; und so muß denn auch hier das Eigentum der gekauften Sache dem Proprietar und Nießbraucher pro rata pretii soluti, d. h. nach Verhältnis ihrer Anteile an der im Beutel enthaltenen Summe zufallen, während ihnen hin-

---

wird. Auch in dem Falle der l. 26 § 4 de cond. ind. 12, 6 würde, wenn ein Sklave das Grundstück geleistet hätte, der Herr es vindicieren können. Dies scheint Dernburg a. a. O. S. 20 fg. zu übersehen. Fragt man nach einem Quellenzeugnis für jenen Satz, so bin ich freilich nicht im stande, ein solches anzuführen — wenn man nicht aus l. 14 de R. C. 12, 1. l. 26 § 9. l. 53 de cond. ind. 12, 6. l. 94 § 3 de solut. 46, 3 zu argumentieren gestattet —; da aber die Zahlung von Nichtschulden jedenfalls nicht zu den ordentlichen Administrationsbefugnissen, die dem Sklaven hinsichtlich seines Pekulium eingeräumt sind, gehört, so darf ich den Gegenbeweis abwarten.

sichtlich des den Kaufpreis übersteigenden Teiles die rei vindicatio bezw. act. ad exhibendum oder condictio zuständig ist.[17]

Wenn nun Ulpian der Zahlung hier gar keine Wirkung einräumt, also alle Geldstücke im Eigentum des Proprietars und des Nießbrauchers verbleiben läßt, so wird sich für diese Entscheidung kaum eine andere Erklärung finden lassen, als daß er die in dem Beutel befindlichen Geldstücke als certa corpora, nicht als Quantität oder Summe behandelt.[18] Nur so viele Geldstücke gehen in das Eigenthum des Verkäufers über, als auf die Kaufsumme kommen. Zahlt der Sklave 200 aurei statt der geschuldeten 100, so würde der Verkäufer mithin nur das Eigentum an 100 erwerben. Da es sich nun aber doch nicht feststellen läßt, zu wessen Vermögen die einen und die anderen 100 aurei gehören würden, so geht überhaupt kein Eigentum an den im Beutel enthaltenen Geldstücken über.[19] Man könnte die Entscheidung

---

[17] Z. B. wenn der Kaufpreis 10 beträgt und in dem Beutel 15 enthalten sind, von denen dem Proprietar 10, dem Nießbraucher 5 gehören, so ergiebt sich, daß das Eigentum der gekauften Sache dem ersteren zu $^2/_3$, dem letzteren zu $^1/_3$ erworben ist, und demgemäß könnte ersterer von den überschüssigen fünf $^2/_3$, letzterer $^1/_3$ vindicieren. Enthielte der Beutel 12 aus dem Vermögen des Proprietars, 8 aus dem des Nießbrauchers, so wäre das Eigentum zu $^3/_5$ bezw. $^2/_5$ erworben und ersterer könnte 6, letzterer 4 herausverlangen.

[18] Im Widerspruch mit der zutreffenderen von Papin. l. 94 § 1 de solut. 46, 3 und von Pomp. l. 19 § 2 de cond. ind. 12, 6 vertretenen Auffassung. (Vgl. auch Jul. l. 54 de V. O. 45, 1 und Ulpian selbst in l. 13 § 2 de R. C. 12, 1. l. 29 de solut. 46, 3.) Ähnlich ist der Fall in l. 19 § 4 de cond. ind. Si duo rei, qui decem debebant, viginti pariter solverint, Celsus ait singulos quina repetituros, quia... quod amplius ambo solverint, ambo repetere possunt. (Der ausgelassene Zwischensatz dürfte ein Glossem sein.) Ein „pariter solvere" ist hier nur in der Weise denkbar, daß derselbe dritte, etwa ein gemeinschaftlicher Sklave, von jedem der Korrealschuldner ohne Wissen des anderen 10 behufs Zahlung an den Gläubiger empfangen hat. Ob Ulpians Entscheidung in dem ersten Falle der l. 25 § 1 cit., wenn sich nicht ermitteln läßt, wem die zuerst und wem die zuletzt gezahlten Münzen gehören, ebenso ausfallen würde, oder ob er nicht vielmehr jedem eine vindicatio bezw. condictio auf die Hälfte der Summe geben würde, ist zweifelhaft.

[19] Es ist klar, daß Ulpian auch nach dieser Deduktion anders entscheiden müßte, wenn nur aus dem Vermögen des einen von beiden der doppelte Kaufpreis in sacculo gezahlt wäre. Die Hälfte der Summe würde hier sofort dem Verkäufer übereignet sein. — Den Schlußsatz der Stelle „quia — accipientis" hält übrigens Eisele, Zeitschr. f. Rechtsgesch. B. 24. S. 16 für interpoliert. Wie mir scheint, ohne Grund. Allerdings ist der Ausdruck „plus pretium" auffallend, da sonst nur bei Zahlangaben das quam weggelassen zu werden pflegt; aber auch schon bei Cicero ad Attic. VI, 6 ist „plus annum obtinere provinciam" zu übersetzen: mehr als das Jahr, nicht als ein Jahr.

spitzfindig nennen, wenn ihr nicht eine ganz äußerliche Auffassung des Verhältnisses zu Grunde läge.[20]

Eine Streitfrage besteht hinsichtlich der Wirkung der Zahlung nach Beendigung des Nießbrauches.

> l. 25 § 1 cit. Quid ergo si amisso usufructu tunc pretium numeretur? Julianus quidem l. 35 dig. scripsit adhuc interesse, unde sit pretium numeratum; Marcellus vero et Mauricianus amisso usufructu iam putant dominium adquisitum proprietatis domino: sed Juliani sententia humanior est.

Die von Marcellus und Mauricianus vertretene Ansicht ist entschieden folgerichtiger. Da die Zahlung erst nach dem Erlöschen des Nießbrauches erfolgt ist, so kann sie auch keine Wirkung mehr ausüben. Der ehemalige Nießbraucher steht einem beliebigen dritten gleich und man könnte somit auch nicht mehr sagen, daß der Preis ex re fructuarii gezahlt sei. Mit der Erlöschung des Nießbrauches hört das Schwebeverhältnis hinsichtlich der auf Kredit gekauften Sache auf und es stellt sich jetzt heraus, daß das Eigentum dem Proprietar erworben war, da

---

[20] Völlig abweichend wird die Stelle von Dernburg a. a. O. erklärt. Darin, daß der Jurist nicht wissentliche und absichtliche Zahlung des doppelten Kaufpreises voraussetzt, sowie in der Annahme, daß der Sklave aus dem Pekulium, für das ihm libera administratio eingeräumt war, gezahlt hat, stimmen wir durchaus überein. Dernburg meint nun aber, der Sklave habe sich nicht in dem Kaufpreise, sondern beim Abzählen des Geldes bezw. hinsichtlich des wirklichen Inhaltes des Geldbeutels geirrt. Daß dieser Fall „allein leicht denkbar“ sein soll, will nicht recht einleuchten; im Gegenteil er ist eher ziemlich unwahrscheinlich. Es wäre doch ein seltsamer Grad von Zerstreutheit, wenn der Sklave 200 statt 100 aurei aufzählte, oder so in das Aufzählen hineingeraten wäre, daß er gar, ohne es zu merken, 5000 Denare hinzählte, während er nur 2500 zu geben glaubte, oder wenn er die Denare für Quinare ansähe. Eher wäre natürlich der Irrtum möglich bei der Zahlung im Beutel; aber wir dürfen für diesen Fall nicht eine andere Voraussetzung annehmen, wie für den vorhergehenden. Es kann somit nur ein Irrtum des Sklaven über den Kaufpreis in Frage kommen. Warum nun ein solcher Fall so unwahrscheinlich sein sollte, ist nicht abzusehen. Der Kauf hatte längere Zeit vorher stattgefunden, denn die Stelle handelt von einem Kreditkauf. Ferner kann ja noch ein anderer Sklave für 20000, sei es von einem zweiten Verkäufer, sei es von demselben erstanden und letzterenfalles schon bezahlt worden sein und der servus fructuarius verwechselt nun beide Kaufgeschäfte. — Übrigens, daß der servus fructuarius aus seinen beiden Pekulien zahlt, wäre selbst dann nicht auffallend, wenn man annehmen wollte, daß er beide auch in der Verwaltung und Rechnung nach den Einnahmequellen streng von einander geschieden gehalten hätte, was freilich immer einige Rechtskenntnis voraussetzen würde.

eine Zahlung des Kaufpreises ex re fructuarii nicht stattgefunden hat. Der abweichenden Meinung Julians liegt offenbar folgende Deduktion zu Grunde: da der Eigentumsübergang bereits im Augenblicke der Manzipation (Tradition) stattgefunden hat und da die Unentschiedenheit, für wen der Erwerb eingetreten war, nach rückwärts durch die spätere Zahlung beseitigt wird, so müsse letztere, wann sie auch immer erfolgen möge, so angesehen werden, als wäre sie bereits damals erfolgt.[21]

Warum nun diese Meinung, wie Ulpian erklärt, mehr der Billigkeit entsprechen soll, liegt nicht so klar zu Tage. Dies wäre doch nur der Fall, wenn der Sklave für das Pekulium, welches er beim Nießbraucher hat, oder auf dessen Geheiß gekauft hätte, und ganz evident freilich, wenn er nominatim für diesen die Sache sich hätte manzipieren oder tradieren lassen, da hier der Erwerb für den Proprietar überhaupt ausgeschlossen wäre. Aber von alledem ist in der Stelle nicht die Rede. Als „humanior sententia" rechtfertigt sich die Meinung Julians nur unter dem Gesichtspunkte, daß der Verkäufer nicht bloß den Proprietar, sondern auch den Nießbraucher in Anspruch nehmen kann. Erwerb der Sache und Haftung aus dem Kaufe stünden dann in Wechselbeziehung. Daraus würde sich zugleich die Beschränkung ergeben, daß post annum nach der Beendigung des Nießbrauches die Preiszahlung ex re fructuarii für den Eigentumserwerb nicht mehr in Betracht kommen könnte.[22]

Wie stimmt nun dazu desselben Julians Entscheidung in l. 24 pr. de A. E. V. 19, 1?

> Jul. l. 15 Dig. Si servus, in quo ususfructus tuus erat, fundum emerit et antequam pecunia numeraretur, capite minutus fueris, quamvis pretium solveris, actionem ex empto non habebis propter talem capitis deminutionem,[23] sed indebiti actionem adversus venditorem habebis.

---

[21] Wenn der Eigentumserwerb nicht retro, sondern erst im Augenblicke der Preiszahlung eintritt, wie beim Kauf ohne Kreditgewährung, so würde auch Julian nach Beendigung des Nießbrauches der Zahlung ex re fructuarii keine Wirkung beilegen.

[22] l. 1 § 9 qu. de pec. annal. 15, 2.

[23] Der Satz „propter talem cap. dem." macht den Eindruck einer recht geistlosen Interpolation oder besser noch eines Glossems, das vielleicht vollständiger gelautet haben mag: quia ususfructus amissus est propter etc.

Ein eigentliches Pendenzverhältnis mit später eintretender Rückziehung findet hinsichtlich der act. empti nicht statt. Sie setzt vielmehr Zahlung des Kaufpreises voraus und ist dem zuständig, welcher den Kaufpreis zahlt, vorausgesetzt, daß ein Obligationsverhältnis zwischen ihm und dem Verkäufer noch besteht. Die Zahlung des Kaufpreises nach Untergang des Nießbrauches kann für den gewesenen Usufruktuar nicht mehr die act. empti begründen, obwohl dieser, wenn die Sache schon tradiert oder manzipiert gewesen wäre, nach Julians Meinung das Eigentum erworben hätte. Denn würde der Verkäufer dem Sklaven jetzt die Sache tradieren (manzipieren), so könnte durch ihn der frühere Nießbraucher das Eigentum offenbar nicht erwerben; durch Tradition an den letzteren aber würde der Verkäufer von seiner Verbindlichkeit dem Proprietar gegenüber nicht befreit werden. So erlischt denn hier mit dem Aufhören des Usufruktus auch der Anspruch (act. de peculio annalis) des Verkäufers gegen den Nießbraucher, ohne daß wir auf den civilen Untergang der Schulden durch capitis diminutio zurückzugehen brauchen.[24]

Aus den erörterten Quellenzeugnissen dürfte übrigens hervorgehen, daß das ganze Schwebeverhältnis hinsichtlich des Erwerbes der vom servus fructuarius gekauften Sache erst durch Julians Autorität zur Anerkennung gebracht worden ist. Es scheint dies nicht einmal die ursprüngliche Auffassung des Verhältnisses gewesen zu sein. Wenn man davon ausging, daß der Nießbraucher nur ex re sua durch den Sklaven erwirbt, so gelangte man bei dem vom servus fructuarius ohne Preiszahlung geschlossenen Kaufe wohl am ehesten zu der Folgerung,

[24] Vgl. über diese Stelle auch Cujacius comm. in l. 15 dig. Jul. und recit. ad tit. de A. E. V. 19, 1. Aber welchen Fall der capitis diminutio hatte Julian im Sinne? Er wird nur an die minima cap. dim. gedacht haben können. Da scheidet aber wieder die Arrogation aus, denn unter Voraussetzung einer solchen könnte von einer dem capite minutus zuständigen Klage nicht die Rede sein. Somit bleibt nur die Emanzipation übrig. Da aber der Haussohn selbst keinen Nießbrauch haben kann, so müssen wir noch weiter voraussetzen, daß der Nießbrauch zum peculium castrense eines solchen gehörte (l. 16 § 2 C. de usufr. 3, 33) — eine freilich sehr erkünstelte Konstruktion des Falles. Im Sinne der Kompilatoren könnte die Stelle nur auf eine cap. dim. media bezogen werden. Vgl. Scheurl, Beiträge I. S. 243 fg. 254 fg. Mandry, Familiengüterrecht I. S. 82 fg. 177. Fitting, peculium castrense S. 489. Cohn, Beiträge I, 2. S. 243, welche aber von l. 24 pr. cit. keine Notiz nehmen. Übrigens wird hier, man mag sich wenden wie man will, die condictio indebiti auf einen Rechtsirrtum gegründet.

daß das Eigentum der manzipierten oder tradierten Sache, da sie eben nicht ex re fructuarii erworben ist, zunächst dem Proprietar zufalle.[25] Durch die spätere Zahlung des Kaufpreises ex re fructuarii werde dann der Eigentumserwerb des Proprietars nach rückwärts aufgelöst. Danach wäre also das Eigentum der gekauften Sache nicht vorläufig objektiv in der Schwebe; es herrschte in der Zwischenzeit keine Ungewißheit darüber, wer gegenwärtig der Eigentümer ist, sondern nur das wäre unentschieden, ob der Eigentumserwerb des Proprietars ein definitiver ist. Da nun aber die Wirkung der Zahlung ex re fructuarii auf den Zeitpunkt der Tradition zurückbezogen wird, so ließe sich auch hier von einer Art Pendenz sprechen. Suchen wir nach einem analogen Falle, so tritt uns sofort das Vindikationslegat nach der Auffassung der Sabinianer vor Augen. Der Legatar erwirbt mit dem Antritt der Erbschaft von selbst das Eigentum. Schlägt er aber das Vermächtnis aus, so wird sein Eigentum nach rückwärts aufgehoben („res numquam eius fuisse videtur"), indem es so angesehen wird, als wäre ihm überhaupt nicht vermacht, und der Erbe gilt mithin jetzt nach rückwärts als der Eigentümer („retro sc. ex die aditae hereditatis res heredis fuisse intelligitur").[26] Die Thatsache der Zahlung des Kaufpreises ex re fructuarii hätte hinsichtlich des Eigentumserwerbes an der von dem servus fructuarius gekauften Sache die gleiche Bedeutung, wie dort die Thatsache der Ausschlagung des Vermächtnisses.

Die supponierte vorjulianische Auffassung würde sich, wie es scheint, dadurch empfehlen, daß sie — anstatt des von Julian angenommenen Zustandes einer absoluten Unentschiedenheit des Eigentumserwerbes in der Zwischenzeit — eine vorläufige Gewißheit hinsichtlich des Eigentumes herstellt, welche dieses selbst, zugleich auch im Interesse des Nießbrauchers, dritten Personen gegenüber besser zu sichern geeignet ist. Denn so stünde der rei vin-

---

[25] Vgl. auch Wächter a. a. O. S. 9. — Es ist nicht unmöglich, daß nach der ursprünglichen Auffassung der Erwerb für den Nießbraucher hier überhaupt ausgeschlossen war, der Proprietar also definitiv erwarb, falls nicht der Erwerbsakt (traditio oder mancipatio) auf den Namen des ersteren vom Sklaven vorgenommen wurde.

[26] Gai. II. § 195. Jul. l. 86 § 2. Ulp. l. 44 § 1. Pomp. l. 38 § 1 de leg. I. 30. l. 8 de R. C. 12, 1.

dicatio und condictio furtiva des Proprietars, wenn die Sache z. B. dem Sklaven entwendet wurde, nichts entgegen, und dadurch bliebe die Sache auch dem Nießbraucher eventuell erhalten. Indessen dieser praktische Vorteil wiegt nicht zu schwer, da auch bei der angenommenen Pendenz des Eigentumes die Verteilung der Beweislast dem Proprietar die Durchführung der Klage regelmäßig ermöglicht. (S. 202.) Andererseits wäre bei jener Auffassung die Konsequenz unvermeidlich, daß der Verkäufer einzig gegen den Proprietar de peculio auf Zahlung des Kaufpreises klagen könnte. Im übrigen handelt es sich hier lediglich um verschiedene theoretische Konstruktionen, deren praktische Differenz unerheblich ist.[27]

II. Der Nießbraucher und bon. fid. possessor erwerben durch den Sklaven nur so lange, als der Nießbrauch dauert oder der Sklave bona fide besessen wird. Wie nun, wenn der Sklave sich selbst auf längere Zeit an einen dritten verdungen hat — sei es, daß der Lohn für einzelne Zeitabschnitte (in bestimmten Terminen z. B. jährlich oder monatlich), oder für den ganzen Zeitraum in einer Summe festgesetzt ist — und dann in der Zwischenzeit der Nießbrauch oder die bon. fid. possessio aufhört?[28] Darüber, wem hier der Anspruch auf die ausbedungene merces zustehe, konnte kein Zweifel obwalten. Dem Nießbraucher soll einzig der während der Zeit des Usufruktus ex operis her-

---

[27] Köppen, Fruchterwerb S. 39 meint, daß, wenn man den Proprietar als den einstweiligen Eigentümer behandelte, der Usufruktuar auf die Früchte und Klagen, welche ersterer in der Zwischenzeit erworben hatte, nur einen obligatorischen Anspruch gehabt haben würde. Aber wenn bei späterer Zahlung ex re fructuarii der Nießbraucher noch rückwärts als Eigentümer der gekauften Sache angesehen wird, so ergiebt sich nunmehr auch, daß Früchte und Klagen (z. B. act. l. Aquiliae) — abgesehen natürlich von bereits stattgefundener Litiskontestatio — dem Nießbraucher erworben sind. Dem Fruchterwerbe steht hier der Sklavenerwerb gleich, und daß auf diesen inzwischen gemachten Erwerb nicht ein bloß obligatorischer Anspruch bestehe, sondern daß er von selbst retro dem zufalle, der retro als Eigentümer des Sklaven angesehen wird, sagt l. 86 § 2 cit. in dem analogen Falle des legatum bestimmt genug. Ferner handelt es sich in unserem Falle, ebensowenig wie in dem eines ausgeschlagenen Vermächtnisses, um einen Erwerb, der vom Proprietar (bezw. Legatar), wie Köppen annimmt, „unter einer Resolutivbedingung" gemacht wäre.

[28] Unbedeutend ist, was Noodt de usufr. I. c. 3 (Opp. Col. Agr. 1763. p. 346) darüber bemerkt. Eingehend erörtert diesen Fall Kuntze a. a. O. S. 72 fg., dessen Ausführungen ich jedoch nicht durchweg beistimmen kann.

vorgegangene Erwerb des Sklaven zufallen; er kann also auch bloß den auf diese Zeit verhältnismäßig entfallenden Teil der merces beanspruchen.

l. 26 de usufr. 7, 1. Paul. l. 3 ad Sab. Si operas suas locaverit servus fructuarius et imperfecto tempore locationis ususfructus interierit, quod superest ad proprietarium pertinebit. Sed et si ab initio certam summam propter operas certas stipulatus fuerit, capite deminuto eo[29] idem dicendum est.

l. 18 § 3 de stip. serv. 45, 3. Papin. l. 27 Quaest. Cum servus fructuarius operas suas locasset et eo nomine pecuniam in annos singulos dari stipulatus esset, finito fructu domino residui temporis adquiri stipulationem Julianus scriptum reliquit.

Was nun aber die juristische Konstruktion dieses Verhältnisses anbelangt, so war die Auffassung eine verschiedene. Keine Schwierigkeit wäre vorhanden gewesen, wenn aus einem solchen Vertrage einzelne selbständige Forderungen auf die an jedem Termine fällige merces entspringen würden. Nun besteht aber bekanntlich bloß eine Obligation, deren Gegenstand die von dem Schuldner versprochenen Leistungen in ihrer Gesamtheit bilden;[30] und da konnten die Auffassungen leicht auseinandergehen. Die eine findet sich in l. 25 § 2 de usufr. 7, 1.[31]

---

[29] Mommsen schiebt vor eo ein: usufructuario mortuove. Dem widersprechen aber auch die Basiliken. Eher wird eo zu streichen und vor capite hinzuzufügen sein usufructuario, welches Wort wegen des vorangehenden stipulatus fuerit leicht ausfallen konnte.

[30] l. 16 § 1 de V. O. 45, 1. Vgl. auch meine Schrift über die Novation S. 322 fg.

[31] Daß Ulpian hier aus einem früheren Juristen zustimmend referiert, unterliegt keinem Zweifel. Nach den vorangehenden Citaten müßte man an Julian denken. Dieser Annahme steht aber entgegen, daß Papinian in l. 18 § 3 cit. dieselbe Konstruktion, welche sich bei Ulpian vertreten findet, verwirft, während er Julians Meinung auf das entschiedenste anerkennt. Vielleicht könnte man auf Celsus raten; für eine Vermutung fehlt uns aber jeder Anhalt. Widerspruchsvoll scheint mir, was Kuntze hierüber bemerkt. Nach S. 72 ist es Ulpian, der den Satz von dem transire und ambulare der Stipulation ausgesprochen hat; dann soll S. 73 Julian „Urheber dieses Gedankens" vom „transitus obligationis" sein und auf ihn Papinian sich berufen; S. 79 wird anerkannt, daß Julian von einem solchen Übergange nichts sage und daß Papinian ihn ablehne; nach S. 80 soll Ulpian sich zu dem Ausdruck transit obligatio „verstiegen haben, wie im absichtlichen Gegensatz zu Papinian", während er in Wahrheit „weit entfernt gewesen wäre, sich

Ulp. l. 18 ad Sab. Si operas suas iste servus locaverit et in annos singulos certum aliquid stipuletur, eorum quidem annorum stipulatio, quibus ususfructus mansit, adquiretur usufructuario, sequentium vero stipulatio ad proprietarium transit semel adquisita fructuario, quamvis non soleat stipulatio semel cui quaesita ad alium transire nisi ad heredem vel adrogatorem.

Die Forderung aus der Stipulation wird, da sie ex operis servi begründet ist, zunächst und grundsätzlich dem Nießbraucher erworben. Dieser behält sie aber nur hinsichtlich der in die Zeit des Nießbrauches fallenden Jahresleistungen; für die übrigen geht sie von selbst und direkt — nicht etwa vermöge einer fingierten Cession — auf den Proprietar über, so daß dieser an die Stelle des Nießbrauchers tritt. Die dagegen sich erhebenden Bedenken verhehlt sich der Jurist selbst nicht; denn eine Forderung kann nur in und mit dem ganzen Vermögen auf eine andere Person übergehen. Dennoch zieht er die vollen Konsequenzen seiner Auffassung, indem er fortfährt:

Proinde si forte ususfructus in annos singulos fuerit legatus et iste servus operas suas locavit et stipulatus est ut supra scriptum est, prout capitis minutione amissus fuerit ususfructus, mox restitutus, ambulabit stipulatio profectaque ad heredem redibit ad fructuarium.

Diese Vorstellung von dem Übergang und der Wanderung der Obligation selber[32] ist seltsam zu nennen. Man wird vergeblich nach einer Analogie suchen, die sie rechtfertigen könnte. Wenn die Noxalverpflichtungen „cum capite ambulant", und die act. de peculio aus dem Rechtsgeschäft des Sklaven gegen den neuen Herrn anzustellen ist, so bedarf es kaum der Bemerkung, daß hier an einen Übergang der in der Person des früheren Herrn be-

---

in Gegensatz zu Julian und Papinian setzen zu wollen". Ich vermag daraus kein klares Bild zu gewinnen. Wenn Cujacius comm. in l. 27 Quaest. Papin. ad l. 18 § 3 cit. bemerkt, Papinian habe Ulpian, ohne ihn zu nennen, zurechtweisen wollen, so ist das allerdings ein Lapsus; aber auf den Juristen bezogen, dem Ulpian die Auffassung entlehnt, ist jene Bemerkung zutreffend.

[32] Nicht des „commodum stipulationis", wie die Glosse die Stelle versteht.

gründeten Verbindlichkeit auf den neuen Herrn kaum ein römischer Jurist gedacht hat.[33] Die Verbindlichkeit ist hier an die Person des Sklaven geknüpft, für sie haftet der jeweilige Gewalthaber. Möglich, daß in unserem Falle dem Juristen ein gleicher Gedanke vorgeschwebt hat: die Obligation ist in der Person des Sklaven zur Existenz gelangt, dieser ist Träger der Obligation; ihre Wirkung aber tritt ein, d. h. das aus ihr hervorgehende Forderungsrecht entsteht oder die actio wird begründet für den, welchem die Nutzung des Sklaven zukommt, also für den Nießbraucher oder, wenn der Usufruktus nicht mehr besteht, für den Proprietar.[34]

Indessen gegen die Annahme, daß dies wirklich die Auffassung des Juristen gewesen sein sollte, spricht doch zunächst ganz entschieden die Ausdrucksweise desselben: „stipulatio ad proprietarium transit semel adquisita fructuario;“ denn damit ist doch so bestimmt wie möglich gesagt, daß das dem Nießbraucher erworbene Forderungsrecht von ihm auf den Proprietar übergehe. Sodann stünde jene Auffassung in ebenso entschiedenem Widerspruch mit dem anerkannten Satze, daß die Wirkung jedes Erwerbsgeschäftes des Sklaven sofort in der Person des Herrn eintritt, daß mithin auch für diesen die Forderung aus der Stipulation des Sklaven unmittelbar begründet wird, ohne durch die Person des Sklaven hindurchzugehen; also würde auch letzterer nicht als Subjekt oder Träger der Obligation angesehen werden können.[35] Folgerichtig würde jene Auffassung dahin führen, daß bei jeder von einem Sklaven begründeten Obligation die Forde-

---

[33] Keine Analogie gewährt l. 2 § 9 de B. P. s. t. 37, 11: ambulat cum dominio bonorum possessio (Ulp.); denn durch die Delation der Erbschaft wird noch kein Recht erworben, sondern nur die Möglichkeit eines Erwerbes begründet, vgl. S. 12 Anm. 18 a. E.

[34] So ungefähr auch, mit nicht erheblich abweichender Formulierung des Gedankens Kuntze a. a. O.

[35] Kuntze S. 67. 73 führt aus, daß eine Obligation „im Sklaven entstehen und in dessen Person Wurzel schlagen könne“, daß das „gewollte Rechtsverhältnis (also auch die Obligation) da ein latentes Dasein führe“, um später „zum eigentlichen und vollen Leben zu erwachen“, oder „um dann zum Frommen des einen oder andern Herrn verwertet zu werden“. Machen wir mit dieser Annahme vollen Ernst und verfolgen wir den Gedanken weiter, so gelangen wir schließlich dahin, daß auch der servus sine domino gültig Rechtsgeschäfte vornehmen und Rechtsverhältnisse begründen könne, aus denen der Erwerb dem zufalle, der Eigentümer des Sklaven wird. Und doch „quod servus stipulatus est, quem dominus pro derelicto habebat, nullius est momenti“ l. 36 de stip. serv. 45, 3.

rung dem jeweiligen Herrn zustehen müßte. So würde insbesondere, wenn ein Sklave, der seine operae auf längere Zeit vermietet oder in annos singulos stipuliert hatte, verkauft wird, dem Käufer die Klage hinsichtlich der nach dem Verkaufe fällig werdenden Mietsgelder oder Jahresleistungen zustehen müssen, wovon die Quellen nichts wissen. Ferner müßte dasselbe gelten, wenn der servus fructuarius sich den Lohn für die vermieteten operae im ganzen ausbedungen hat (wie in l. 26 cit.) und der Nießbrauch während der Dauer des Mietverhältnisses aufhört. Es ist aber unzweifelhaft, daß hier nach l. 25 § 2 cit. einzig der Nießbraucher die Forderung und Klage auf die ganze Summe erwirbt, und daß der Proprietar lediglich einen Anspruch (condictio) gegen diesen auf verhältnismäßige Erstattung des nach dem Untergange des Nießbrauches empfangenen Lohnes hat. Es darf endlich nicht übersehen werden, daß die Entscheidung unserer Stelle auf den Fall zu beschränken ist, wenn die Obligation ex operis des servus fructuarius begründet wurde. Sie gründet sich darauf, daß der, dem die operae servi selbst nicht gebühren, auch keinen Anspruch auf das Äquivalent dieser operae, den vom dritten versprochenen Lohn, erheben könne. Hätte dagegen ex re fructuarii der Sklave in annos singulos stipuliert (z. B. die Abzahlung des aus dem Pekulium, welches er beim Nießbraucher hat, dem dritten gewährten Darlehns sich in Jahresraten promittieren lassen), so würde in dem Falle des inzwischen erfolgenden Unterganges des Usufruktus der Jurist ein transire der dem Nießbraucher erworbenen Forderung auf den Proprietar sicher nicht angenommen haben.

Der in l. 25 § 2 cit. vertretenen Konstruktion des Rechtsverhältnisses tritt entgegen Papinian, indem er in l. 18 § 3 cit. an die mitgeteilte Meinung Julians anknüpfend bemerkt:

> Quae sententia mihi videtur firmissima ratione subnixa: nam si in annos forte quinque locatio facta sit, quoniam incertum est, fructus in quem diem duraturus sit, singulorum annorum initio cuiusque anni pecunia fructuario quaereretur. Secundum quae non transit ad alterum stipulatio, sed unicuique tantum adquiritur, quantum ratio iuris permittit.

Da die Dauer des Nießbrauches ungewiß ist, so besteht auch eine Ungewißheit darüber, wem aus der vom Sklaven einge-

gangenen Stipulation in Zukunft die Forderung erworben sein wird. Während es bei der Darlehnsstipulation des servus fructuarius noch unentschieden ist, wem der Sklave die Forderung erworben hat, wer also Gläubiger ex stipulatu geworden ist, und diese Unentschiedenheit durch die spätere Auszahlung der Darlehnssumme an den Promissor nach rückwärts beseitigt wird, haben wir es hier mit einer Unentschiedenheit für die Zukunft zu thun. Der von Papinian zur Begründung seiner Auffassung herangezogene Fall („nam et cum idem servus . ." S. 198) ist freilich ganz anders gestaltet, da dort nicht bloß über die Entstehung, sondern auch über den Inhalt der künftigen Forderung völlige Ungewißheit herrscht, und die Analogie somit keineswegs zutreffend, — aber das kann man doch hier wie dort sagen: in pendenti est, quis ex stipulatu sit habiturus actionem.

Mit dem Beginne des ersten und jedes folgenden Jahres ist nun, falls der Usufruktus dann noch besteht, die Forderung dem Nießbraucher — sonst dem Proprietar — erworben, mag der Anspruch auf die einzelne Jahresleistung auch erst mit dem Ablauf des Jahres fällig werden. Ihm wird daher auch die Klage aus der una et incerta stipulatio zuständig bleiben, selbst wenn sofort nach dem Erwerbe der Forderung der Usufruktus erlischt; die Kondemnation erfolgt auf den ganzen Jahresbetrag natürlich nur dann, wenn während dieser Zeit der Sklave die operae geleistet hat. Damit wird aber einem Ersatzanspruche des Proprietars pro rata temporis, der mit condictio sine causa geltend zu machen ist, nicht vorgegriffen.[36] Wäre, um bei dem in l. 25 § 2 cit. behandelten Falle zu bleiben, der Usufruktus in annos singulos vermacht worden, so würde, da mit jedem neuen Jahre ein neuer Nießbrauch entsteht, auch jede Jahresforderung dem Nießbraucher ohne Rücksicht auf die im Laufe des Jahres eingetretene capitis deminutio zustehen.[37]

Handelt es sich nun aber bei dieser Meinungsverschiedenheit zwischen Papinian und Ulpian bezw. dem Juristen, dem dieser

[36] Wie die Glossa „restituitur" sol. 1. ad l. 25 § 2 cit. und Glossa „pecuniam" ad l. 18 § 3 cit. richtig bemerkt.

[37] Wenn es in l. 25 § 2 cit. heißt: capitis minutione amissus usus-fructus, mox restitutus, so möchte ich dabei nicht mit Kuntze S. 75 an die kaiserliche Restitution des deportatus und servus poenae, sondern an die Wiedererlangung des Nießbrauches des folgenden Jahres denken; z. B. der Nießbraucher wird arrogiert und dann wieder emanzipiert.

sich anschließt, nicht lediglich um eine theoretische Konstruktion, der eine praktische Bedeutung nicht beizumessen ist? Es scheint, daß die Verschiedenheit der Formulierung auch zu verschiedenen praktischen Resultaten führen mußte. Denn wenn wir den Gedanken von einem Übergange der dem Nießbraucher bereits erworbenen Obligation auf den Proprietar folgerichtig durchführen, so gelangen wir zu dem Ergebnisse, daß der Proprietar aus der operarum locatio bezw. der stipulatio des Sklaven nach Untergang des Ususfruktus überhaupt keine Forderung haben würde, falls jene Obligation bereits durch eine zwischen dem Promissor und dem Nießbraucher vorgenommene Acceptilation oder durch Beerbung dieses durch den ersteren aufgehoben ist.

§ 11. Rechtsgeschäfte des servus fructuarius und des bona fide serviens mit dem Nießbraucher oder bonae fidei possessor und dem dominus.

Bei der Frage, ob überhaupt und mit welcher Wirkung ein servus fructuarius oder ein bona fide serviens Rechtsgeschäfte mit dem Nießbraucher bezw. Besitzer oder mit dem dominus eingehen könne, müssen wir unterscheiden.

I. Keine Schwierigkeit macht der eigentlich gar nicht hierher gehörige Fall, wenn der Sklave Pekuliarsachen, die zum Vermögen des einen gehören, an den anderen veräußert. Es ist das kein Erwerb durch den Sklaven, sondern von dem Sklaven, und es würde hier immer nur darauf ankommen, ob und inwieweit dieser zu dergleichen Verfügungen über Pekuliarbestandteile befugt ist. Der Erwerber steht hier dem Sklaven wie ein beliebiger dritter gegenüber. So hat der Verkauf einer zum Pekulium beim Nießbraucher gehörigen Sache an den Proprietar und umgekehrt volle Wirkung, wenn dem Sklaven überhaupt libera administratio eingeräumt war. Dasselbe gilt hinsichtlich des von einem dritten bona fide besessenen servus alienus, nur daß hier eine rechtsgiltige Veräußerung aus dem Pekulium, das der Sklave beim Eigentümer hat, nicht so leicht vorkommen konnte.[1]

---

[1] Denn bekanntlich behält weder der fugitivus noch der furtivus die peculii administratio (l. 48 pr. de pec. 15, 1) und die Fälle, wo ohne Voraussetzung eines furtum oder einer Entweichung ein Sklave mitsamt

Ebenso kann der liber homo bona fide serviens aus seinem eigenen Vermögen an seinen vermeintlichen Herrn mit voller Rechtswirkung, sogar schenkweise veräußern, wenngleich er als serviens der Meinung war, daß der Gegenstand dem letzteren gehörte und nur faktisch in seiner Disposition, etwa als Pekuliarsache, sich befände.[2]

II. Wenn der servus fructuarius oder der bona fide serviens ein Erwerbsgeschäft mit dem Nießbraucher oder bon. fid. possessor eingeht, also von letzteren ein Recht sich übertragen, eine Leistung versprechen läßt, so ist wieder die causa des Erwerbes entscheidend. Hat er den Erwerb nicht ex operis suis oder ex re jener gemacht, so ist es einleuchtend, daß derselbe seinem dominus bezw. dem Freien selbst zufällt. Anderenfalls ist das Rechtsgeschäft wirkungslos, da aller Erwerb des servus fructuarius und bona fide serviens, der ex operis suis oder ex re des Nießbrauchers bezw. des bon. fid. possessor gemacht wird, diesen zufallen müßte und da doch niemand von sich selbst erwerben oder sich selbst verpflichtet werden kann. Es greift hier also nicht die Regel ein: quod fructuario (bonae fidei possessori) adquiri non potest id domino adquiritur;[3] selbst dann nicht, wenn den Gegenstand des zwischen dem Sklaven

---

seinem Pekulium in den Besitz eines dritten gelangt, werden selten genug gewesen sein.

[2] z. B. er schenkt ihm die Sache, die er mit dem ihm selbst von einem andern geschenkten Gelde angeschafft hat. Die falsa opinio steht hier der Wirksamkeit der Schenkung nicht entgegen. Dem widerspricht natürlich nicht die Entscheidung der l. 3 § 8 de cond. ca. dat. 12, 4, wo der sich irrtümlich für einen statuliber Haltende zum Zweck der Erfüllung der Freiheitsbedingung vermeintliches Pekuliargeld dem quasi dominus (Erben) giebt; denn hier war nicht bloß die Vorstellung, sondern die Absicht einzig darauf gerichtet, gerade das dem letztern gehörige Geld zu geben. So geht denn auch trotz der irrigen Vorstellung des bona fide serviens das Eigentum des gezahlten Geldes auf den bon. fid. possessor über und ist ersterem eine condictio zuständig (von der, wenn donandi animo geleistet ist, nicht die Rede sein könnte) in l. 3 § 5—7 eod., wo offenbar vorausgesetzt werden muß, daß das gezahlte Geld nicht ex operis des serviens oder ex re des bon. fid. possessor herstammt. Vgl. auch Scaev. l. 67 pr. de cond. indeb. 12, 6, wo in dem gleichen Falle, wenn der bona fide serviens behufs Erfüllung der ihm im Testament gesetzten Bedingung der Freiheitsertheilung eine Zeit lang dem Erben jährliche Leistungen gemacht hat, entschieden wird: si eam pecuniam dedit, quae neque ex operis suis neque ex re eius, cui bona fide serviebat, quaesita sit, repeti posse.

[3] Vgl. oben S. 192 fg.

und dem Nießbraucher (oder redlichen Besitzer) eingegangenen Rechtsgeschäftes eine dem letzteren gehörige Sache bildet, z. B. wenn der Nießbraucher seine eigene Sache dem Sklaven verkauft, vermietet, promittiert, manzipiert und dieser die Gegenleistung aus dem Pekulium, das er bei ersterem hat, oder mit dem ex operis suis erworbenen Gelde macht.[4] Nur wenn auf den Namen des dominus das Rechtsgeschäft (insbesondere die Stipulation) gestellt ist, tritt für diesen der Erwerb ein. Sonst könnte es immer nur eine Wirkung auf das Pekulium des Sklaven beim Nießbraucher oder bonae fidei possessor ausüben. Das findet seine volle Bestätigung in l. 25 § 5 de usufr. 7, 1.

> Ulp. l. 18 ad Sab. Julianus scripsit: . . si ex re mea a me stipulatus sit, nihil agit, non magis quam servus alienus bona fide mihi serviens idem agendo domino quicquam adquirit; simili modo, ait, ne quidem si rem meam a me fructuario conducat, me non obligabit. Et regulariter definiit, quod quis ab alio stipulando mihi adquirit, id a me stipulando nihil agit: nisi forte, inquit, nominatim domino suo stipuletur a me vel conducat.

Ebenso wird von Papinian in l. 118 pr. de V. O. 45, 1 hinsichtlich des Rechtsgeschäftes des liber homo b. f. serviens entschieden:

> nec . . si stipulanti eidem ex eadem causa (sc. ex re mea) spondeam, tenebor: quemadmodum etenim habebit eius actionem adversus me, quod ab alio stipulatus quaereret mihi? hoc itaque latere fructuario servo vel alieno, qui bona fide servit, comparabitur.

Hat dieser also z. B. das ex re des bon. fid. possessor oder ex operis suis erworbene Geld jenem dargeliehen, oder ihm eine zu seinem Pekulium gehörige Sache verkauft und den Kaufpreis stipuliert, so erwirbt er keine Forderung, — was sich eigentlich auch von selbst versteht.

Ein eigentümlicher Fall findet sich noch in l. 25 § 4 de usufr.:

---

[4] In betreff der Schenkungen des Nießbrauchers an den servus fructuarius vgl. S. 130 fg.

Servus fructuarius si usumfructum in se dari stipuletur aut sine nomine aut nominatim proprietario, ipsi adquirit exemplo servi communis . .

Gegenstand der Stipulation ist hier offenbar nicht ein zu bestellender, sondern der an dem stipulierenden Sklaven bestehende Nießbrauch.[5] Es stünde zwar nichts entgegen, eine mit einem dritten eingegangene Stipulation vorauszusetzen, so daß dieser verpflichtet wäre, den Nießbrauch zu verschaffen, und dafür möchte sogar die Analogie des herangezogenen Falles (S. 105) sprechen; näher liegt aber die Annahme, daß die Stipulation mit dem Nießbraucher selbst geschlossen ist.[6] Davon, daß nicht ex re fructuarii stipuliert wird, enthält die Stelle keine Andeutung. Es darf dies auch nicht in sie hineingetragen werden. Vielmehr würde hier auch unter der Voraussetzung, daß der Sklave als Entgelt eine Leistung aus dem Vermögen des Nießbrauchers gemacht oder daß dieser donandi causa promittiert hätte, der Proprietar die Forderung erwerben. Denn es ist einleuchtend, daß es sich hier um eine Leistung handelt, die überhaupt nicht an den Sklaven, sondern nur an den Proprietar selbst erfolgen konnte; wäre doch auch die Stipulation hier schon formell nichtig gewesen, wenn der Sklave die Leistung sich selbst (sibi dari), wenn auch von einem dritten, hätte promittieren lassen.[7] Das was der Nießbraucher promittiert hat, das „usumfructum in se dari“, besteht ja in der in iure cessio des Usussfruktus, wodurch dieser mit der proprietas konsolidiert wird; dieser Rechtsakt konnte aber nur mit dem Proprietar, nicht mit dem Sklaven, an welchem der Nießbrauch besteht, vollzogen werden. So muß denn hier die Stipulation, auch wenn sine nomine stipuliert war, notwendig so behandelt werden, als wäre sie auf den Namen des Proprietars gestellt. Es widerspricht somit die Entscheidung keineswegs dem Grundsatze, daß, wenn der Sklave ex re fructuarii von diesem sich promittieren läßt, die Stipulation keine Wirkung hat.

Was beim Nießbraucher und bon. fid. possessor bemerkt ist, gilt umgekehrt für Erwerbsgeschäfte, die der Sklave mit seinem

---

[5] „in se“ scil. constitutum bemerkt richtig die Glosse.

[6] So auch Kuntze a. a. O. S. 38, der sich aber nicht korrekt ausdrückt, wenn er sagt, daß der Sklave dem Proprietar den Usussfruktus erwirbt.

[7] Vgl. oben S. 85. 105.

Eigentümer eingeht. Es kann also der servus fructuarius oder bona fide serviens auch von dem dominus, aber nur ex duabus causis für den Nießbraucher oder redlichen Besitzer erwerben, da die nominatio bei diesen gar keine Bedeutung hat.[8] Soweit das Erwerbsgeschäft auf diese beiden causae sich gründet, wird der Sklave dem dominus gegenüber als ein fremder Sklave angesehen.

Auch hier kann nun wieder der Erwerb in der Schwebe sich befinden; so, wenn der servus fructuarius eine Sache vom Nießbraucher oder vom Proprietar kauft, ohne den Preis zu bezahlen. Je nachdem die Preiszahlung aus des einen oder anderen Vermögen erfolgt, wird entweder ein giltiges Rechtsgeschäft vorliegen, durch welches der Proprietar oder Nießbraucher eine Forderung bezw. das Eigentum der dem Sklaven tradierten Sache erwirbt, oder das Geschäft überhaupt keine rechtliche Bedeutung haben. Dabei darf aber ein Punkt nicht übersehen werden: durch den Kontraktsschluß allein wird vorläufig keiner dem anderen verpflichtet. Also wenn z. B. der Sklave von dem Nießbraucher eine Sache kauft, erwirbt weder der Proprietar gegen diesen, noch dieser — wie wir gleich sehen werden — gegen den Proprietar eine Forderung. So erklärt sich auch, wenn Julian in l. 25 § 5 cit. sagt, daß der Nießbraucher nicht verpflichtet wird, wenn er dem Sklaven eine Sache vermietet. Angenommen, der Sklave hätte den Mietzins ex re proprietarii voraus entrichtet, so könnte die Entstehung einer Forderung des letzteren gegen den Nießbraucher nicht in Frage gestellt werden.

III. Nicht ganz so einfach läßt sich die Frage beantworten, ob überhaupt und mit welcher Wirkung der servus fructuarius und der servus alienus oder liber homo bona fide serviens sich dem Nießbraucher oder bonae fidei possessor, bezw. die beiden ersteren dem dominus verpflichten können.

a) Bleiben wir zunächst beim servus fructuarius und alienus stehen. Hier sagt nun Papinian in l. 118 pr. de V. O. 45, 1:

---

[8] z. B. der Sklave kauft mit dem Gelde des Nießbrauchers vom Proprietar und läßt sich tradieren; oder er giebt Geld aus dem vom Nießbraucher herrührenden Pekulium dem Proprietar als Darlehn; er verkauft oder vermietet ihm eine zu diesem Pekulium gehörige Sache und stipuliert etwa noch Kaufpreis oder Mietzins; er vermietet seine operae dem Proprietar.

Servus autem (sc. fructuarius) fructuario si promittat ex re ipsius vel alienus, qui bona fide servit, emptori, nulla de peculio dabitur in dominum actio: nam in his causis domini esse intelliguntur.

Also keine act. de peculio gegen den dominus, wenn der Sklave ex re des Nießbrauchers oder redlichen Besitzers diesen promittiert hat, weil sie in dieser Hinsicht selbst als domini des Sklaven angesehen werden müssen, welche, wie ihnen der Erwerb des Sklaven ex re sua zufällt, so auch durch eine ex re sua erfolgte Promission des Sklaven an einen dritten, diesem selbst de peculio verpflichtet werden würden. Ebenso müßte umgekehrt dem dominus die act. de peculio gegen den Nießbraucher und bon. fid. possessor abgesprochen werden, wenn der Sklave ihm ex re ipsius d. h. nicht ex re jener promittiert. In beiden Fällen würde die Schuld des Sklaven einzig als Deduktionsposten bei Gelegenheit der von einem dritten erhobenen actio de peculio in Betracht kommen.

Nun fragt sich aber gerade: was ist unter einer Promission ex re fructuarii an diesen selbst zu verstehen?[9] Selbstverständlich ist dabei nicht an die Promission einer demselben gehörigen, etwa im Pekulium, das der Sklave bei diesem hat, befindlichen Sache überhaupt zu denken.[10] Aber vielleicht die Promission, deren causa eine Leistung des Nießbrauchers an den Sklaven bildet? Machen wir die Probe. Der Nießbraucher giebt dem Sklaven ein Darlehn und stipuliert von ihm die Summe; der Sklave kauft vom Nießbraucher eine Sache und promittiert ihm den Kaufpreis; er verkauft ihm eine Sache gegen Barzahlung und promittiert die dupla, die Sache wird evinciert; oder auch er vermietet ihm eine Sache, empfängt das Mietgeld, durch ihre fehlerhafte Beschaffenheit (verborgene Mängel) erleidet der Nießbraucher Schaden. Scheinbar rechte Paradigmen für eine pro-

[9] Einzig Cujacius in l. 27 Quaest. Pap. geht auf unsere Stelle näher ein, aber über die hervorgehobene Schwierigkeit, die er wohl empfindet, leicht hinweg. In den zahlreichen Kommentaren zum tit. de V. O., selbst in dem des Donellus ad h. l. findet sich nichts, was zu ihrer Erklärung beiträgt.

[10] Sonst käme man ja auch zu dem ungeheuerlichen Resultat, daß der Nießbraucher, wenn der Sklave ihm eine nicht zu diesem Pekulium gehörige Sache oder eine Geldsumme promittiert, stets gegen den Proprietar de peculio klagen könnte.

missio oder überhaupt Verpflichtung des Sklaven ex re fructuarii! Und doch wird gewiß niemand behaupten wollen, daß hier allemal die act. de peculio gegen den dominus grundsätzlich ausgeschlossen ist. Setzen wir den Fall, daß das Darlehn dem Sklaven für den Proprietar oder für das Pekulium, welches ihm dieser eingeräumt hatte, gegeben wurde,[11] daß er für dieses Pekulium die Sache gekauft oder gemietet hatte, — da kann es wohl keinem Zweifel unterliegen, daß dem Nießbraucher die act. de peculio, bezw. de in rem verso zuständig ist. Also ex re fructuarii wird nur dann promittiert, wenn die die causa bildende Leistung nicht bloß aus dem Vermögen des Nießbrauchers kommt, sondern auch in demselben verbleibt;[12] und ebenso, wenn die Verpflichtung des Sklaven sich auf einen zu dem Pekulium, das er beim Nießbraucher hat, gehörigen Gegenstand bezieht. M. a. W. dann, wenn der servus fructuarius in dieser seiner Eigenschaft, insbesondere wenn er für das ihm vom Nießbraucher eingeräumte Pekulium mit demselben kontrahiert. Betrifft dagegen die dem Nießbraucher gegenüber eingegangene Verbindlichkeit das Pekulium, welches er beim Proprietar hat, so ist gegen diesen die act. de peculio begründet. Daß vice versa hinsichtlich der mit dem Proprietar eingegangenen Rechtsgeschäfte dasselbe gilt, braucht kaum bemerkt zu werden.

Diese Regel ist auch bei gegenseitigen Obligationen zutreffend. Schließt der servus fructuarius über die zu seinem Pekulium bei dem einen gehörige Sache einen obligatorischen Vertrag mit dem anderen (z. B. verkauft oder vermietet er sie), so wird ersterer letzterem de peculio verpflichtet. Betrifft dagegen der Vertrag, den er mit dem einen schließt, einen von diesem selbst zu leistenden Gegenstand (z. B. kauft oder mietet er von ihm eine Sache), so ist zunächst, wie wir sahen, immer entscheidend, aus wessen Vermögen die Gegenleistung erfolgt. Davon abgesehen, wird der andere nur dann (peculio tenus) verpflichtet, macht aber auch den Erwerb, wenn der servus fructuarius für ihn selbst oder für das Pekulium, welches er bei ihm hat, das Rechtsgeschäft ein-

---

[11] Vgl. oben S. 126 fg.

[12] d. h. — um einem Mißverständnis vorzubeugen — wenn nicht schon durch die Leistung an den Sklaven ein Übergang des Vermögensobjektes in das Vermögen des Proprietars bewirkt wird.

gegangen ist.[13] Ob nun dies stattgefunden hat, ist im einzelnen Falle festzustellen, wobei allerdings Schwierigkeiten thatsächlicher Natur sich ergeben können.[14] Ausreichend ist es, sowohl zur Begründung des Erwerbes wie der Verpflichtung, daß vom Sklaven das Rechtsgeschäft mit dem einen unter ausdrücklicher Bezugnahme auf den anderen oder sein Pekulium bei diesem eingegangen wird. Aber ein solches nominatim contrahere wird nicht immer erfordert, wie dies ja bei dem servus alienus, der mit seinem vermeintlichen Herrn das Erwerbsgeschäft vornimmt, überhaupt kaum vorkommen kann. Entscheidend ist dann die Verwendung des vom Sklaven aus dem Rechtsgeschäfte gemachten Erwerbes für das andere Pekulium bezw. beim bona fide serviens für die, wie es sich später herausstellt, dem dominus gehörigen Vermögensbestandteile.[15]

Einen besonderen Fall der Verpflichtung ex re fructuarii[16] enthält l. 25 § 5 cit. (S. 222):

> Idem Julianus scripsit: si servo fructuarius operas eius locaverit, nihil agit; . . . nisi forte nominatim domino suo a me conducat.

Wenn der Sklave seine operae vom Nießbraucher mietet, so hat dies zunächst gar keine juristische Wirkung, ebensowenig wie wenn er sich selbst jenem abmietet, es sei denn, daß er für den Proprietar den Mietvertrag geschlossen hat. Dann würde dieser dem Nießbraucher auf den Mietzins de peculio haften, während

---

[13] z. B. hat der servus fructuarius eine Sache vom Nießbraucher gekauft, so erwirbt sonst weder dieser gegen den Proprietar eine Forderung auf den Kaufpreis, noch wird er letzterem zur Tradition der Sache verpflichtet.

[14] Jedenfalls hat den Beweis der zu führen, welcher aus dem mit dem Sklaven eingegangenen Rechtsgeschäft die act. de peculio gegen den anderen erhebt, und ebenso dieser, wenn er den Erwerb für sich in Anspruch nimmt bezw. eine Forderung aus dem Rechtsgeschäft gegen den ersteren geltend macht.

[15] Vgl. auch S. 204 Anm. 13. — Wie, wenn der servus fructuarius oder bona fide serviens, der vom Nießbraucher oder bon. fid. possessor eine Sache ausdrücklich für den Eigentümer oder das diesem gehörige Pekulium gekauft bezw. verwendet hat, den Kaufpreis hinterher ex re der ersteren z. B. mit dem durch seine operae erworbenen Gelde zahlt? Auch dadurch wird der einmal für den dominus stattgefundene Erwerb und die für den Nießbraucher oder bon. fid. possessor gegen ihn schon begründete Forderung nicht beeinträchtigt. Hierin findet, was oben S. 224 bemerkt worden ist, seine Einschränkung.

[16] Vgl. l. 23 pr. de A. R. D. 41, 1 oben S. 132 Anm. 43.

er letzteren aus der Miete direkt in Anspruch nehmen könnte.[17] Sonst aber entsteht 1. keine Forderung des Proprietars gegen den Nießbraucher auf Gewährung der operae; 2. keine Klage des letzteren, auch nicht de peculio, gegen den Proprietar auf Leistung des Mietzinses; 3. würde der Erwerb, den der Sklave aus seinen operae macht, nach wie vor dem Nießbraucher zufallen.[18] Die Wirkung dieser operarum locatio ist mithin eine rein faktische.[19] Der Nießbraucher nimmt die operae nicht für sich in Anspruch, sondern überläßt es dem Sklaven, seine Arbeitskraft selbst zu verwerten, so daß aller hieraus hervorgehende Erwerb und, wenn der Sklave nun seine operae dem Proprietar oder einem dritten verdingt, auch die so dem Nießbraucher erworbene Forderung in sein Pekulium gelangt.[20] Dagegen seine eigene Mietzinsforderung gegen den Sklaven kommt nur als Pekuliarpassivum in Betracht, indem er ihren Betrag bei der act. de peculio deduzieren kann.

Wie stimmt nun aber zu alledem, was Ulpian in l. 19 § 2 de pec. 15, 1 sagt?

> Interdum et ipsi fructuario adversus dominum datur actio de peculio, ut puta si apud eum habeat peculium, apud ipsum vero aut nihil aut minus, quam fructuario debetur; idem etiam contra eveniet.

Auf den ersten Blick möchte es scheinen, als ob damit der

---

[17] Umgekehrt, wenn der Sklave seine operae dem Proprietar vermietet, würde dieser die act. de peculio (ex conducto) gegen den Nießbraucher haben, und mit der act. locati letzterem in solidum auf den Mietzins haften.

[18] Vgl. l. 49 i. fi. de A. R. D. 41, 1. S. 130.

[19] Daher kann auch, wo die Vermietung der operae („ex operis mercedem capi") unstatthaft ist, wie beim Usus, diese doch an den zu den Diensten Verpflichteten selber stattfinden. Gai. l. 13 de usu 7, 8: Sed ipsi servo ancillaeve pro opera mercedem imponi posse Labeoni placuit. (Der Usuar hat also die gewonnene merces nicht dem Eigentümer zu restituieren.) Vgl. hinsichtlich einer solchen Vermietung auch l. 23 § 9 de aed. ed. 21, 1 (cum redhibetur mancipium .. restitui oportet .., si [emptor] .. mercedes a servo vel conductore servi accepit). Vgl. von weitem l. 25 § 4 de op. lib. 38, 1. l. 32 § 1. 2 qui et a quib. 40, 9 und dazu Leist in Glücks Komm. Ser. d. B. 37. 38 Th. 5. S. 233.

[20] Unbegründet und zu weitgehend ist, was Kuntze a. a. O. S. 51 über die Vermietung der operae an den servus fructuarius selber bemerkt, daß hier der Sklave die merces aus dem vom Proprietar herrührenden Pekulium leiste. Es kann dies freilich geschehen, und dann würde der Proprietar den Nießbraucher ex conducto in Anspruch nehmen können, aber einen direkten Rechtserwerb ex operis servi dennoch nicht machen. Vgl. Anm. 31.

Ausspruch Papinians in l. 118 pr. cit. eingeschränkt würde. Indessen es kann hier wohl nur von einer solchen Schuld des servus fructuarius beim Nießbraucher die Rede sein, die nicht ex re desselben begründet ist[21]. Daß hier dem Nießbraucher die act. de peculio gegen den dominus überhaupt zusteht, bedarf nach den vorangehenden Erörterungen keiner Erklärung mehr. Wohl aber könnte es auffallend erscheinen, daß der Nießbraucher den dominus nur auf den Betrag soll in Anspruch nehmen können, um welchen seine Forderung den Bestand des von ihm selbst herrührenden Pekulium überschreitet. Indessen wenn er sich den Betrag dieses Pekulium auf seine Forderung anrechnen lassen muß, also nur soweit mit der act. de peculio gegen den dominus vorgehen kann, als er durch jenes nicht gedeckt ist, so findet dies seine Erklärung und Rechtfertigung darin, daß er ja auch gegenüber dem ihn mit der act. de peculio in Anspruch nehmenden Gläubiger des Sklaven seine Forderung als Pekuliarpassivum behandeln und so von seinem Deduktionsrechte Gebrauch machen kann.[22]

Schwierigkeit bereitet l. 37 § 3 eod. aus Jul. l. 12. Digest. Die Stelle ist aber so verworren, daß man aus ihr überhaupt kein sicheres Argument gewinnen kann. Wenn man den Schlußsatz: „dari itaque debebit actio ei adversus dominum proprietatis deducto eo, quod servus peculii nomine apud fructuarium habet" für sich allein herausgreift und ihn auf die dem Nießbraucher zustehende Klage bezieht, so würde er eine direkte Bestätigung der soeben aus l. 19 § 2 eod. entnommenen Regel gewähren. Verbinden wir ihn aber mit dem vorangehenden Satze:[23] „nihil interest, operas suas conduxerit servus a fructuario an pecuniam mutuam ab eo acceperit", so enthält er eine ebenso direkte Widerlegung unserer Auffassung, daß der

---

[21] Mandry, Ztschr. f. Rechtsgesch. VIII. S. 386 meint freilich, daß „nach der causa des Guthabens nicht unterschieden werde". Er übersieht dabei aber l. 118 pr. cit.

[22] Vgl. l. 47 § 4. l. 27 § 6, aber auch l. 11 § 8 de pec. 15, 1 und dazu Mandry S. 411 fg. (Vgl. übrigens auch oben S. 206 Anm. bei l. 13. 15.)

[23] Dies geschieht schon im index des Cyrillus Bas. 18, 5 sch. 14 (Supplem. ed. Zachariae a Lingenthal p. 224) und wohl in sämtlichen Ausgaben bis auf die Mommsensche, sowie in den meisten Interpretationen von der Glosse an. Und anders wird die Stelle im Sinne der Kompilatoren auch nicht aufgefaßt werden dürfen.

Nießbraucher eine ex re sua begründete Forderung an den Sklaven nicht mit act. de peculio gegen den Proprietar geltend machen könne, und wir wären genötigt, den Ausspruch des Juristen auf den Fall zu beziehen, daß der servus fructuarius für den Proprietar seine Dienste abgemietet oder das Darlehn empfangen hat.[24]

Daß dies alles unzulässig ist, liegt auf der Hand. Aber nicht minder einleuchtend ist es, daß Julian so nicht geschrieben haben kann, wie die ganze Stelle lautet. Es bieten sich zwei Möglichkeiten dar. Entweder handelt er überhaupt nur von der act. de peculio eines dritten, oder er erörtert in dem zweiten Teile der Stelle die Klage des Nießbrauchers gegen den Proprietar. Nimmt man das letztere an, so muß notwendig vor dem Satze: „nihil interest —" ein Satz weggefallen sein, in welchem der Jurist die act. de peculio näher begrenzte, denn sonst würde er mit seiner eigenen Aufstellung in l. 25 § 5 cit. in Widerspruch treten. Bei weitem wahrscheinlicher ist aber die erstere Annahme. Dann kann sich der Zwischensatz: „nihil interest — consequatur" einzig auf das Deduktionsrecht des Nießbrauchers gegenüber der gegen ihn angestellten act. de peculio beziehen.[25] Die Stelle ist nun durch die Schere der Kompilatoren — wie es scheint nicht bloß durch absichtliche Kürzungen, sondern auch versehentliche Weglassungen und Umstellungen — so zugerichtet, daß es ein vergebliches Bemühen wäre, sie in ihrer ursprünglichen Gestalt annähernd wiederherzustellen.[26] Vielleicht war der Gedankengang

---

[24] So Cujacius ad h. l. in l. 12 Dig. Jul.

[25] Vgl. S. 204 Anm. 13. — Möglich auch, daß dieser Satz von den Kompilatoren aus einem anderen Zusammenhange (vgl. l. 11 § 9 — l. 13 eod.) gerissen und hier eingeflickt ist, wie Lenel paling. I. p. 351 n. 4 annimmt. Mommsen ergänzt hinter: usumfructum in servo habet die Worte „ex ea causa quae ad eum pertinet" und schiebt dann den fraglicheu Satz als Parenthese ein. Diese Konjektur scheitert aber daran, daß sich mit diesem Satze gar kein rechter Sinn verbinden ließe; denn aus dem Darlehn, das der Sklave vom Nießbraucher erhalten hat, kann doch nicht ein dritter gegen den Nießbraucher klagen.

[26] Schon der Anfang der Stelle ist anstößig. Denn es ist doch logisch nicht ganz korrekt, zu sagen: wenn gegen den Nießbraucher geklagt ist, hat der Gläubiger billigerweise einen Anspruch auf Befriedigung aus dem ganzen Pekulium, mag es sich beim Nießbraucher oder Proprietar befinden. Es wäre dies eine Unklarheit des Denkens oder mindestens des Ausdruckes, die wir bei Julian nicht gewohnt sind. Man sollte doch erwarten: wenn mit dem servus fructuarius kontrahiert ist, so u. s. w.

Julians folgender. Der Gläubiger kann de peculio gegen den Nießbraucher zunächst nur aus dem diesen angehenden Geschäfte klagen; dabei kann der Nießbraucher alle seine Forderungen an den Sklaven, auch die aus der der operarum locatio, in Abzug bringen.[27] Wenn der Gläubiger aber mit dieser Klage „minus consecutus sit", so wird ihm auf den Rest die act. de peculio gegen den Proprietar zustehen, da „non est iniquum, ut ex universo eius peculio, sive apud fructuarium sive apud proprietarium erit, rem consequatur". So wird er auch nicht genötigt sein, zuerst die Klage gegen den Nießbraucher zu versuchen, z. B. wenn er meint, daß sie wegen Unzulänglichkeit des Pekulium keinen Erfolg haben würde, sondern er kann auch sofort gegen den Proprietar „deducto eo, quod servus peculii nomine apud fructuarium habet" klagen.

b) Wir kommen auf den liber homo b. f. serviens. Es ist klar, daß bei einer Promission desselben an den vermeintlichen Herrn nicht — in analoger Weise, wie vorhin beim servus fructuarius — unterschieden werden kann, ob er in seiner Eigenschaft als serviens, oder für sich selbst als Freier die Verbindlichkeit eingegangen war. Einfach aus dem Grunde nicht, weil, so lange der Freie thatsächlich in servitute sich befindet und er sowohl wie der Besitzer seine Rechtsstellung nicht kennt, es undenkbar ist, daß er in seiner Eigenschaft als Freier, nicht als serviens handelte. Die irrige Meinung des Besitzers und des serviens über den wahren Rechtszustand kommt also bei Rechtsgeschäften, die beide mit einander eingehen, für die Wirkung derselben gar nicht in Betracht. Ob der serviens überhaupt seinem vermeintlichen Herrn verpflichtet werde, kann sich mithin, ebenso wie der Erwerb für diesen, nur nach objektiven Momenten bestimmen. Wir haben es nur mit den Obligationen aus Verträgen und zwar aus Erwerbsgeschäften, nicht mit Restitutions- und Ersatzansprüchen zu thun,[28]

---

[27] Vgl. Mandry a. a. O. S. 384 Anm. 3.

[28] Aus der freiwilligen Geschäftsführung für den putativen Herrn giebt diesem, wie es scheint, schon Labeo die act. negot. gestor. Ein Zweifel bestand blos hinsichtlich der aufgetragenen Geschäftsführung. Da iussus kein mandatum ist und der Beauftragte hier nicht „libera voluntate", sondern „quasi ex necessitate servili" handelt, wurde von Labeo, dem Paulus folgt, die act. mandati verworfen, während Celsus, dem sich Pomponius anschließt, sie für zulässig hält, daneben freilich auf das praescriptis verbis agere hinweist. Ob aber auch hier schon Labeo über das in

und da ist nun die Entstehung einer Verbindlichkeit des serviens, wie es scheint, nie beanstandet worden. Jedoch hat sie nicht in vollem Umfange Anerkennung gefunden. Dem scheint nun allerdings l. 118 pr. de V. O. 45, 1 zu widersprechen.

> Papinian. l. 27 Quaest. Liber homo, qui bona fide servit mihi, quod stipulanti mihi promittit, prope est, ut omnimodo sit utile, quamvis ex re mea promittat: nam quid aliud dici potest, quo minus liber homo teneatur?

Es läßt sich kein Grund angeben, meint Papinian, warum der bona fide serviens nicht haften sollte. Der Umstand, daß er beim bon. fid. possessor thatsächlich in Sklavenstellung sich befindet, nimmt ihm nicht die Fähigkeit, wie anderen Personen, so auch jenem selbst sich zu verpflichten, — „nec obstat“, wie Pomponius[29] sagt, „quod non hac mente cum eo, qui liber bona fide nobis serviret, contraheremus quasi eum obligatum habituri“. Kann er ja auch von jenem überhaupt — wenn auch nicht ex re eius vel ex operis suis — für sich selbst erwerben, obwohl der vermeintliche Herr doch hier immer nur wie auf seinen Sklaven Rechte auf ihn überträgt und ihm sich verpflichtet. Also wie für den Erwerb, so muß auch für die Verpflichtung der Grundsatz: plus est in re quam in existimatione Anwendung finden.

Aber zweierlei in der Ausführung Papinians erregt doch Befremden.[30] Einmal der Ausspruch, daß die Promission des b. f. serviens unter allen Umständen eine Verpflichtung begründe; und sodann der Satz: quamvis ex re mea promittat. Wird nämlich der serviens, selbst wenn er ex re des vermeintlichen Herrn promittiert, diesem verpflichtet, so ist damit zugleich gesagt,

---

gleicher Weise hinsichtlich der act. negot. gestor. entgegenstehende Bedenken des ex necessitate gerere sich hinwegsetzte, bleibt fraglich. l. 5 § 7. l. 18 § 2. vgl. l. 3 § 10 de N. G. 3, 5. l. 13 § 2 commod. 13, 6. l. 54 § 3 de A. R. D. Übrigens macht sich noch Paulus (l. 35 de N. G. 3, 5) bei der contraria act. neg. gest. des bon. fid. serviens, selbst aus unbeauftragter Geschäftsführung, Skrupel, weil er „non quasi amici, sed quasi domini negotium gessit“. Eine Haftung des serviens aus dem Kommodat war noch zu Pomponius Zeit bestritten (l. 13 § 2 cit.). Vgl. auch Kohler, Jahrb. f. Dogmat. B. 18 S. 473.

[29] l. 13 § 2 cit.

[30] Und nicht minder die Thatsache, daß bisher niemand, so viel ich sehe, hinsichtlich seiner Ausführung ein Bedenken geäußert hat.

daß bei einer Promission ex re sua seine Verpflichtung um so weniger einem Zweifel unterliegen kann. Da kommen wir wieder auf die schon oben (S. 225) berührte Frage zurück, welchen Sinn Papinian selbst mit dem ex re mea promittere verbinde. Verstehen wir darunter eine solche Promission, die sich auf eine Leistung des bon. fid. possessor bezieht, welche definitiv in das eigene Vermögen des serviens übergeht oder diesem zu Gute kommt (z. B. er giebt ihm ein Darlehn, das dieser in eigenem Interesse, etwa zur Unterhaltung der ihm gehörigen Sachen verwendet, oder er hat ihm eine Sache verkauft, die in gleicher Weise verbraucht wird, oder er hat ihm eine Sache vermietet, und der serviens promittiert die Darlehnssumme, den Kaufpreis oder Mietzins) — so wäre allerdings wohlbegründet, was Papinian sagt: quid aliud dici potest, quo minus teneatur? Aber diese Selbstverständlichkeit der Verpflichtung verbietet gerade, daß letztere als etwas Besonderes („quamvis") hervorgehoben wird. Einzig dann, wenn es hieße: quamvis non ex re mea promittat, wäre da die Steigerung logisch korrekt zu nennen. Aber freilich dann wäre der von dem Juristen aufgestellte Satz, wenn auch nicht geradezu unrichtig, so doch zu weitgehend. Der Ausdruck ex re mea promittere kann aber auch in einem anderen Sinne genommen werden. Es kann die Promission umgekehrt sich auf eine Leistung des bon. fid. possessor beziehen, die in dem Vermögen desselben verbleibt, d. h. bloß in das Pekulium des serviens gelangt. So wenn der serviens das ihm dargeliehene Geld auf die ex re bon. fid. possessoris vel ex operis suis erworbenen oder die ihm sonst als Pekulium eingeräumten, also allemal zum Vermögen des Quasiherrn gehörigen Sachen verwendet, oder mit dem ihm von diesem verkauften Gegenstande dergleichen Sachen, z. B. mit dem gekauften Getreide Tiere oder Sklaven, unterhält. Daß nun aber aus einer hierauf bezüglichen Promission der b. f. serviens dem vermeintlichen Herrn schlechthin hafte, das wäre ein Satz, den Papinian wohl kaum aufstellen wollte. Genug, wir mögen uns wenden wie wir wollen, es läßt sich dem Ausspruche des Juristen kein völlig befriedigender Sinn abgewinnen.

Vorsichtiger drückt sich Pomponius aus in l. 54 § 1 de A. R. D. 41, 1:

Promittendo nobis liber homo, qui bona fide nobis

servit, ut et emendo vel vendendo, vel locando vel conducendo obligari ipso iure poterit.

Dieser Ausspruch ist allerdings etwas unbestimmt gehalten. Der Satz selbst, daß der b. f. serviens seinem vermeintlichen Herrn aus Kontrakten verpflichtet werden könne, ist zweifellos richtig; es bedürfte nur noch der Angabe der Voraussetzungen, unter denen eine Obligation entsteht. Verpflichtet wird nun zunächst der bon. fid. serviens dem putativen Herrn und dieser jenem unter denselben Voraussetzungen, unter denen der eine von dem anderen erwirbt. Einen Erwerb für sich kann der serviens von dem Herrn nur machen ex re sua, also nur dann, wenn der Erwerb sich auf sein eigenes Vermögen gründet, so zu sagen auf eigene Kosten geschieht. Damit ist auch der Erwerb ex lucrativa causa ausgeschlossen. Andererseits kann der Herr von dem serviens nicht bloß ex re sua erwerben; es steht vielmehr nichts entgegen, daß dieser aus seinem eigenen Vermögen Rechte auf ihn unentgeltlich überträgt oder ihm schenkungshalber promittiert.

Wir haben es hier bloß mit den entgeltlichen Rechtsgeschäften zu thun, also mit den Fällen, wo die Verpflichtung des serviens sich auf eine ihm von dem Herrn zugehende Leistung bezieht, welche die causa oder das Äquivalent derselben bildet; z. B. dieser hat ihm ein Darlehn gegeben, eine Sache verkauft, vermietet und sich von ihm promittieren lassen. Kein Zweifel, daß er dem Prinzip nach dem Herrn aus der Promission verpflichtet wird. Möglicherweise haftet er aber doch nicht, d. h. er kann die Klage aus der Stipulation mit exc. doli zurückweisen, wenn, wie wir schon früher sahen, die empfangene Leistung materiell im Vermögen des Herrn verblieben ist, der serviens sie also für die in seinem quasi-peculium befindlichen, dem Herrn gehörigen Sachen verwendet hat.[31] Es kann nicht fraglich sein, daß umgekehrt der Herr durch die Promission dem serviens verpflichtet

---

[31] So auch, wenn er die Sache für die res peculiaris gemietet und genutzt hat, z. B. einen Speicher oder Lagerraum, um Pekuliarwaren aufzubewahren, oder Sklaven zu Arbeiten auf dem Pekuliargrundstücke. Aber nicht etwa auch, wenn mit dargeliehenem Gelde Pekuliarschulden getilgt sind. — Wie wenn der serviens seine eigene operae vom Quasiherrn gemietet hatte? Daß dieser gegen den früheren serviens auf Zahlung der auf die Zeit des Sklavenstandes entfallenden merces klagen könnte, ist klar. Ebenso aber auch, daß dann ersterer den Erwerb ex operis in Anspruch nehmen kann, wie dieser

wird, wenn aus dessen eigenem Vermögen die kausale Leistung an den ersteren gelangt ist. Die Entstehung einer Obligation zwischen dem bon. fid. serviens und seinem vermeintlichen Herrn setzt mithin voraus, daß der Gegenstand der Promission nicht schon zum Vermögen des anderen Teiles, der Gegenstand der Leistung, auf die sich die Promission als ihre causa bezieht, nicht schon zum Vermögen des Promissor gehört oder — was nur bei einer Verpflichtung des serviens vorkommen kann — nicht im Vermögen des anderen Teiles verbleibt. Selbstverständlich aber bedarf es hier zur Begründung einer Obligation weder einer Verpflichtung in Form der stipulatio, noch einer vorangegangenen Leistung; und so werden auch aus synallagmatischen Verträgen, wie insbesondere Kauf und Miete, serviens und bon. fid. possessor einander verpflichtet, auch wenn noch von keiner Seite die Leistung erfolgt ist.

Die Rechtswirkung des zwischen dem serviens und bon. fid. possessor eingegangenen Geschäftes kann erst dann in die Erscheinung treten, wenn der wahre Rechtszustand des serviens festgestellt ist; erst dann ergiebt sich, daß Eigentum übertragen, eine Forderung begründet ist. Wie nun, wenn er, während er sich noch in Sklavenstellung befindet, seine Verbindlichkeit durch Leistung aus seinem Pekulium, also aus dem Vermögen des bon. fid. possessor erfüllt, z. B. mit dem ex re bon. fid. possessoris oder ex operis suis erworbenen Gelde die Darlehnsschuld tilgt oder den Kaufpreis bezahlt? Man möchte vielleicht meinen, daß damit die Frage, ob eine Verbindlichkeit des serviens entstanden sei, sich erledige, da von einer Klage des bisherigen bon. fid. possessor gegen ihn nun nicht mehr die Rede sein könne. Und namentlich im Falle des Kaufes könnte dies einleuchtend erscheinen; denn sicher hat hier der serviens die Sache, die er mit dem Gelde des bon. fid. possessor diesem bezahlte, für sich nicht erworben, und dieser könnte sie vindicieren. Aber jene Annahme würde doch auf einem argen Fehlschlusse beruhen. Ist einmal durch den Vertrag eine Verbindlichkeit des bon. fid. serviens begründet worden — wie sich freilich erst herausstellt, sobald seine Freiheit feststeht — so kann sie auch nicht durch Leistung

ihm auch dann zufällt, wenn er aus eigenem Vermögen die merces geleistet hatte. Vgl. Anm. 20.

aus dem Vermögen des vermeintlichen Herrn erfüllt worden sein. Man braucht nur an den Fall zu denken, daß der serviens das empfangene Darlehn für sich selbst verbraucht, z. B. Schulden damit getilgt, dieses oder den gekauften Gegenstand auf die zu seinem Vermögen gehörigen Sachen verwendet hat, um sich von der Unrichtigkeit jener Annahme zu überzeugen. Es besteht also die Obligation trotz der inzwischen erfolgten Leistung ex re bon. fid. possessoris weiter fort, und für die Haftung des früheren serviens ist der vorhin hervorgehobene Gesichtspunkt entscheidend.

Wenn nun aber eine solche Haftung besteht, so ergiebt sich zugleich, daß aus dem Rechtsgeschäfte der bon. fid. serviens für sich einen Erwerb gemacht hat. Er ist also Eigentümer der ihm dargeliehenen Geldstücke geworden und würde mithin auch selbst das Eigentum der mit diesem Gelde angeschafften Sachen erworben haben; es ist für ihn ein Anspruch aus dem Kaufvertrage gegen den früheren bon. fid. possessor begründet. Das ist ganz klar, wenn dieser gegen ihn Klage erhebt, also das Darlehn zurückfordert oder (mit der act. ex empto bezw. ex stipulatu) den Kaufpreis verlangt. Aber hierdurch ist sein eigener Anspruch nicht bedingt; vielmehr gründet dieser sich darauf, daß er selbst aus dem Rechtsgeschäfte verpflichtet ist und daß er mithin den Erwerb ex re sua gemacht hat.[32] Das Verhältnis gestaltet sich somit bei einem zwischen dem bon. fid. possessor und dem serviens geschlossenen Kaufvertrage folgendermaßen. Wenn ersterer auf Zahlung des Kaufpreises klagt, so muß er auch seinerseits erfüllen, also das Kaufobjekt (vorausgesetzt, daß es nicht schon dem Käufer, als er sich noch in servitute befand, tradiert war, oder daß es bei ihm selbst zurückgeblieben ist) leisten, — abgesehen von dem zufälligen Untergange desselben. Dabei befreit der Nachweis der Verwendung desselben für sein früheres Pekulium (d. h. für die zum Vermögen des vermeintlichen Herrn gehörigen Bestandteile desselben) den Beklagten von der

---

[32] Damit ist natürlich nicht gesagt, daß er auch das Eigentum der gekauften Sache erworben hätte; dem stünde entgegen, daß der Eigentumserwerb auf Grund des Kaufes überhaupt Preiszahlung voraussetzt. Anders wenn für ihn ein Bürge oder Expromissor eingetreten wäre; einfache Kreditierung des Preises an den für einen eigenen Sklaven gehaltenen Käufer hätte selbstverständlich keinen Sinn.

Haftung. Befindet sich die gekaufte Sache beim Beklagten, so geht mit der Klagerhebung Eigentum auf ihn über. Vindiciert der frühere bon. fid. possessor die verkaufte Sache, so ist dem früheren serviens, wenn er den Kaufpreis anbietet, exc. doli zuständig. Dieser selbst kann auf Leistung der Sache klagen, wenn er aus eigenen Mitteln den Kaufpreis früher gezahlt hatte oder jetzt zahlt, sie auch ersterenfalls — vorausgesetzt, daß sie ihm damals tradiert war — vindicieren.

§ 12. Besondere Fälle.

Wir haben bisher die allgemeinen Grundsätze kennen gelernt, nach denen sich der Erwerb des Sklaven für den Nießbraucher bezw. redlichen Besitzer und für den Eigentümer bestimmt. Es giebt nun noch Fälle zusammengesetzter Natur, wo der der Regel nach eintretende Erwerb des einen mit dem des anderen konkurriert, ja in Kollision zu treten scheint. Diese eigentümlich gestalteten Fälle sind nun noch näher zu betrachten.

I. An einem gemeinschaftlichen Sklaven hat der eine Miteigentümer den Nießbrauch,[1] oder er befindet sich im alleinigen redlichen Besitze des einen Miteigentümers. Richtiger ausgedrückt, ist es die dem anderen Miteigentümer gehörige Quote, an der dort ein Ususfruktus besteht und die hier bona fide besessen wird, indem der Miteigentümer sich für den alleinigen Herrn des Sklaven hält. Wenden wir die uns geläufigen Grundsätze über den Sklavenerwerb auf diesen Fall an, so müssen wir sagen: als Miteigentümer würde der Nießbraucher oder bon. fid. possessor durch den Sklaven pro portione dominica erwerben; dagegen in seiner Eigenschaft als Nießbraucher oder bon. fid. possessor würde hier der eine Miteigentümer ex re sua vel ex operis servi allein den Erwerb machen. Damit gelangen wir wir zu folgendem Ergebnis:

a) Hat der Sklave den Erwerb ex operis suis oder ex re des Miteigentümers, in dessen Nießbrauch oder Besitz er sich befindet, gemacht, so wird der Erwerb letzterem allein — und zwar als Miteigentümer zu dem einen Teile, als Nießbraucher oder bon. fid. possessor zu dem anderen Teile — zufallen.

[1] Vgl. Paul. l. 10 usufr. quemadm. 7, 9: si servi, qui nobis communis erat, usumfructum tibi legavero.

b) Sonst erwerben er und der andere Miteigentümer pro partibus dominicis. Dies gilt auch von dem Erwerbe, den der Sklave ex re des letzteren gemacht hat, da beim Erwerbe durch den gemeinschaftlichen Sklaven darauf nicht gesehen wird, aus wessen Vermögen er herrührt.

c) Ist das Erwerbsgeschäft auf den Namen des Nießbrauchers oder redlichen Besitzers gestellt oder auf dessen Geheiß vorgenommen, so hat es für ihn, eben da ihm der Sklave pro parte selbst gehört, allein Wirkung, selbst wenn der Erwerb ex re des anderen Miteigentümers stammt.

Wir sehen also, der Umstand, daß der eine Miteigentümer zugleich Nießbraucher oder bon. fid. possessor hinsichtlich der anderen Quote des servus communis ist, kommt nur in Betracht, soweit es sich um einen Erwerb aus seinem eigenen Vermögen oder durch die operae des Sklaven handelt. Wie stellt sich aber dazu die Entscheidung des interessanten Rechtsfalles in l. 20 § 1 h. t. (= de stip. serv. 45, 3)?

> Paul. l. 15 Quaest. — Apud Labeonem ita scriptum est: Filium et filiam in sua potestate pater intestatus reliquit; filia eo animo fuit semper, ut existimaret nihil ad se ex hereditate patris pertinere; deinde frater eius filiam procreavit et eam infantem reliquit; tutores servo avito eius imperaverunt, ut ab eo, cui res avi hereditatis vendiderunt, stipularetur, quanta pecunia ad eum pervenisset: — ex ea stipulatione quid pupillae adquisitum sit, peto rescribas. Paulus: est quidem verum bona fide possessum servum ex re eius cui servit stipulantem possessori adquirere, sed si res, quae ex hereditate avi communes fuerunt, in venditionem hereditatis venerunt, non videtur ex re pupillae totum pretium stipulari ideoque utrisque adquirit.

In dem Thatbestande des Falles macht einzig Schwierigkeit die auf „quanta pecunia ad eum pervenisset" gerichtete Stipulation des Sklaven. Cujacius[2] denkt an die üblichen stipulationes emptae venditae hereditatis. Aber „quanta

---

[2] in l. 15 quaest. Paul. ad h. l.; beistimmend Schulting notae ad Dig. in h. l.

pecunia ex hereditate pervenerit" stipuliert doch der Erbschaftskäufer, nicht der Verkäufer.[3] Ferner kann doch das „ad eum" hier immer nur auf den Promissor selbst, nicht auf den Erben (filia infans) bezogen werden. Darüber hilft auch nicht die Deutung hinweg, daß der Jurist nur die Anfangsworte der beim Erbschaftsverkaufe gebräuchlichen Stipulationsformel hierhergesetzt habe, um damit auszudrücken, daß zwischen den Parteien die stipulationes emptae venditae hereditatis abgeschlossen seien. Denn man darf doch nicht übersehen, daß es ein Sklave ist, der auf Geheiß des Verkäufers stipuliert; er wäre doch nicht derjenige, der zugleich die entsprechende Promission dem Käufer leistet. Und — was schon allein für sich durchschlagend wäre — jedenfalls hat doch der Sklave vor allem den Kaufpreis stipuliert, und es ließe sich gar kein Grund auffinden, warum der Jurist nicht einfach „pretium stipularetur" geschrieben hat, statt durch eine versteckte und nichts weniger als elegante Anspielung auf die Formel der stipulationes emptae venditae hereditatis dem Leser ein Rätsel aufzugeben und ihn in die Irre zu führen.

Aber ist es denn überhaupt notwendig, die Stelle von einer mit dem Erbschaftskäufer geschlossenen Stipulation zu verstehen? So wie die Stelle lautet, allerdings; es bliebe dann jedoch kaum ein anderer Ausweg übrig, als die naive Erklärung anzunehmen, welche die Glosse giebt: „quanta pecunia" supple tantum pretii, quanti[4] pecunia i. e. res hereditaria. Indessen es scheint vielmehr eine Korrumpierung des Textes vorzuliegen, die sich durch eine ganz nahe liegende Emendation heben läßt. Man braucht nur statt „vendiderunt" zu lesen „vendendas dederunt" und alles ist klar. Die Tutoren haben jemand den Verkauf der Erbschaft übertragen,[5] und der Sklave läßt sich von

---

[3] Vgl. über die Stipulationsformel Cujacius observ. II. c. 30. Noodt ad tit. Dig. 18, 4 (Opp. Col. Agr. 1763 II. p. 314 sqq.) Keller, Institutionen S. 329.

[4] So lautet die Glosse in den älteren korrekten Drucken z. B. Dig. nov. Venet. (Jenson.) 1477. Norimb. 1483 (Koburger), während in den späteren glossierten Ausgaben „quanta" steht.

[5] Vgl. Scaev. l. 88 de solut. 46, 3. Filiae intestato patri heredis negotia mater gessit et res vendendas per argentarios dedit ... Quaesitum est, an puella cum argentariis aliquam actionem habet, quando non ipsa stipulata sit pretium rerum, quae in venditionem datae sunt, sed mater. Vgl. l. 18 pr. de H. P. 5, 3. Cicero pro Caec. c. 5. 6.

ihm auf Geheiß der ersteren promittieren „quanta pecunia ad eum (sc. ex venditione) pervenisset." Dabei wird auch an einen eigentlichen Erbschaftsverkauf im ganzen schwerlich zu denken sein. Dagegen macht schon der Umstand bedenklich, daß der betreffende Sklave selbst nicht mitverkauft ist, und doch davon, daß die Tutoren diesen vom Verkaufe der Erbschaft ausgenommen hätten, gar nichts erwähnt wird. Auch läßt sich annehmen, daß mittlerweile eine Vermischung der großväterlichen Erbschaft mit dem Vermögen des Vaters stattgefunden hatte; denn es wird vorausgesetzt, daß bis zum Tode des Bruders schon einige Zeit vergangen war. Es handelt sich demnach um die Flüssigmachung des Nachlasses durch Verkauf der res hereditariae und zwar wohl auch — wie sich aus dem Schlusse der Stelle zu ergeben scheint — nicht blos des großväterlichen, sondern auch des väterlichen Nachlasses.[6]

Paulus entscheidet nun, daß, da — bezw., wenn unsere so eben angegebene Auffassung des Falles richtig ist, soweit — der Sklave ex re utriusque stipuliert hat, beiden, der filia sowohl wie der pupilla, und zwar (wie wir im Sinne des Juristen hinzudenken müssen) nach Verhältnis ihrer großväterlichen Erbteile, die Forderung aus der Stipulation erworben sei.[7] Wenn man beachtet, daß der Sklave von dem einen Miteigentümer hier bona fide besessen wird — und es muß ausdrücklich hervorgehoben werden, daß der Jurist selbst den verstorbenen Bruder sich als bon. fid. possessor denkt — so widerspricht die Entscheidung den Sätzen, zu denen wir vorhin gelangt sind. Aber wir nehmen auch keinen Anstand zu erklären, daß sie falsch ist.[8]

---

[6] Wenn es heißt: si res, quae ex hereditate avi communes fuerunt, in venditionem hereditatis venerunt, so möchte dies wohl am ehesten so zu verstehen sein, daß beim Verkaufe des gesamten (großväterlichen und väterlichen) Nachlasses jene gemeinschaftlichen Sachen mit zum Verkauf gelangt sind. Ferner wäre der Fall nicht gerade sehr wahrscheinlich, daß die Tutoren den mit dem Nachlaß des Vaters bereits in eine Masse verschmolzenen großväterlichen Nachlaß ausgeschieden und für sich zum Verkauf gestellt hätten.

[7] Vorausgesetzt ist dabei, daß die filia den Verkauf überhaupt anerkennt, also nicht die Vindikation pro parte hereditaria gegen die Käufer anstellt, welche freilich, da die Sachen zerstreut sind, thatsächlich ausgeschlossen war.

[8] Schon die Glossa „adquirit" ad h. l. hat bemerkt, daß die Entscheidung des Juristen mit der Regel über den Erwerb des servus communis für den Jubenten in Widerspruch steht. Was Cujacius l. c. zur Rechtfertigung der Entscheidung anführt („quia non ut servus communis stipulatus est,

Sie wäre richtig, wenn der betreffende bona fide besessene Sklave allein der anderen Erbin des Großvaters gehörte.[9] Paulus scheint aber den Umstand, daß dieser Sklave ein gemeinschaftlicher ist, ganz zu übersehen, oder für unerheblich zu halten. Wie der Fall hätte entschieden werden müssen, kann kaum fraglich sein. Da es sich um eine iussu des einen Herrn eingegangene Stipulation eines servus communis handelt, so erwirbt eben dieser Herr allein. Der andere Herr würde gegen ihn seinen Anspruch mit act. communi dividundo, im vorliegenden Falle mit act. familiae erciscundae bezw. hereditatis petitio geltend zu machen haben.

Nur dann, wenn kein iussus erteilt wäre, oder wenn man mit Labeo dem iussus beim Erwerbe des gemeinschaftlichen Sklaven überhaupt keine Bedeutung beimißt, würde der Umstand, daß der eine Miteigentümer zugleich bon. fid. possessor des Sklaven ist, ins Gewicht fallen. Wie der Erwerb sich hier verteile, darüber konnte man freilich zweifeln; jedenfalls aber könnte die Verteilung nicht so geschehen, wie Paulus anzudeuten scheint.[10] Übrigens würde er, indem er das Miteigentum an dem bon. fid. besessenen Sklaven überhaupt unbeachtet läßt, zu der Konsequenz gedrängt werden, daß der besitzende Miteigentümer, der sich für

sed ut servus in totum pupillae proprius, non ei soli adquirit, quia hunc animum non habuit“) ist einesteils völlig nichtssagend und beruht anderenteils auf der irrigen Vorstellung, als ob bei den vom Sklaven vorgenommenen Erwerbsgeschäften, der Wille desselben für die Frage, wem erworben werde, überhaupt bestimmend wäre.

[9] Vgl. S. 125.

[10] Nämlich nicht nach Verhältnis der Quoten an der res communis, sondern es wäre an sich nur zweierlei möglich. Nämlich a) der bon. fid. besitzende Miteigentümer erwirbt ex re sua allein, sonst aber mit dem anderen Miteigentümer pro portione dominica am Sklaven. Also im vorliegenden Falle, wo der Sklave wie die übrigen Nachlaßsachen den beiden Erben zu gleichen Teilen gehören, würde die pupilla den Erwerb zu $^3/_4$, die filia zu $^1/_4$ machen. Oder b) der Miteigentümer erwirbt nur zu der Quote, hinsichtlich deren er bloß bon. fid. possessor des Sklaven ist, ex re sua allein, im übrigen pro parte dominica. Mithin würde im vorliegenden Falle die pupilla den Erwerb zu $^1/_4 + ^3/_8 = ^5/_8$, die filia zu $^3/_8$ machen. Hier wie dort würde dasselbe hinsichtlich des Erwerbes ex operis servi gelten. Indessen gegen die zweite Verteilungsweise läßt sich sofort geltend machen, daß doch der Umstand, daß der bon. fid. possessor zugleich Miteigentümer ist, nicht den ihm als bon. fid. possessor überhaupt zufallenden Erwerb einschränken kann. — Übrigens würde die Verteilungsweise sich noch etwas komplizieren, wenn hinsichtlich der res communis, aus der der Erwerb herrührt, ein anderes Quotenverhältnis, wie hinsichtlich des servus communis stattfindet.

den alleinigen Herrn des Sklaven hält, durch ihn gar nicht erwirbt, wenn der Erwerb nicht ex re sua vel ex operis servi gemacht ist, also z. B. auch nicht, wenn ein dritter diesem Sklaven schenkungshalber promittiert oder tradiert hat. Möglicherweise aber auch legte Paulus hier umgekehrt darauf, daß der Sklave in der bon. fid. possessio des einen Miteigentümers stand, kein Gewicht, sondern brachte einzig die für den Erwerb des servus communis geltenden Grundsätze zur Anwendung.[11]

II. Der Besitzer hält sich für den Miteigentümer oder er glaubt, daß der Sklave in seinem Nießbrauch stehe. Über diesen Fall bemerkt Pomponius in l. 54 § 3a de A. R. D. 41, 1:

> — nec solum si nostros putaverimus, sed et si communes aut fructuarios, ut tamen, quod adquisituri non essent, si re vera communes aut usuarii essent, id hodieque[12] non adquirant.

Wer der Meinung ist, daß der Sklave ein gemeinschaftlicher ist, kann durch ihn nicht in weiterem Umfange erwerben, wie der wirkliche Miteigentümer, also nur zu dem Anteil, den er sich selbst zuschreibt. Aber erwerben kann doch der bon. fid. possessor des Sklaven überhaupt nur ex re sua und ex operis servi. Mithin würde dieser Erwerb bloß zu einer Quote dem putativen Eigentümer zufallen. Daß der putative Nießbraucher durch den Sklaven nicht mehr zu erwerben vermag, wie der wirkliche, also auch nur ex re sua vel ex operis servi, ist selbstverständlich. Eher verdient hervorgehoben zu werden, daß der redliche Quasibesitzer des Nießbrauches überhaupt durch den Sklaven erwirbt. Dieser Erwerb dauert aber nur so lange, wie die quasi possessio; er hört mithin von selbst auf, nicht bloß wenn der Sklave

---

[11] Setzen wir, der von A bona fide besessene Sklave gehöre ihm zu $^1/_3$, dem B zu $^2/_3$, während die betreffende res communis dem A zu $^2/_3$, dem B zu $^1/_3$ gehörte. Dann würde, wenn wir von dem bona fide Besitz abstrahierten, A zu $^1/_3$, B zu $^2/_3$ erwerben; wogegen, wenn wir das Miteigentum ignorierten, umgekehrt A zu $^2/_3$, B zu $^1/_3$ erwerben würde. Das eine wäre so unrichtig wie das andere; vielmehr müßte der Erwerb dem A zu $^5/_6$, dem B zu $^1/_6$ zufallen.

[12] Mommsen emendiert „nobis utique“. Scharfsinnig, aber doch wohl zu gewagt; auch scheint die Konjektur nicht ganz den Sinn des Juristen zu treffen, welcher sagen wollte, daß der Sklave, was er sonst dem Miteigentümer nicht erwerben würde, auch jetzt, wo er zu einem Anteil bloß bona fide besessen wird, nicht erwerbe. Dagegen dürfte „usuarii“ statt „fructuarii“ wohl nur Abschreibefehler (entstanden aus „usufructuarii“) sein trotz l. 32 h. t.

in den Besitz eines anderen gelangt, sondern schon wenn er flüchtig wird.[13]

Ein putativer Usufruktus kann begründet sein, sowohl wenn der vom Eigentümer vorgenommene Bestellungsakt (z. B. das ihn anordnende Vermächtnis) selbst nichtig ist, als auch wenn ein Nichteigentümer ihn eingeräumt hat. So z. B. wenn der bon. fid. possessor eines fremden Sklaven (oder auch freien Menschen) den Nießbrauch jemand vermacht hat. Hier findet hinsichtlich des Erwerbes durch den Sklaven eine Konkurrenz zwischen dem Nießbrauchsbesitzer, dem bon. fid. possessor (z. B. dem Erben) und dem Eigentümer (bezw. wenn es sich um einen dienenden Freien handelt, diesem selber) statt. Der erstere erwirbt einzig ex operis servi und ex re sua, der zweite nur ex re sua, dem letzteren fällt aller übrige Erwerb zu.

Von diesem Falle ist nun grundverschieden der andere, wenn bei einem wirklich bestehenden Nießbrauch der servus fructuarius sich von anfang an in dem Besitze des Eigentümers oder eines dritten befindet oder später in deren Besitz gelangt. Da der Nießbrauch fortbesteht, so dauert auch der Erwerb durch den Sklaven für den Nießbraucher weiter fort. Der Erwerb ex re fructuarii kann keinem gegründeten Zweifel unterliegen. Dagegen was den Erwerb ex operis servi anbetrifft, so tritt hier das Recht des Nießbrauchers mit dem des bon. fid. possessor in Kollision. Bon. fid. possessor ist hier der Besitzer nur dann, wenn er von dem am Sklaven bestehenden Nießbrauch keine Kenntnis hat. Es kann dies ebensowohl der Eigentümer wie ein dritter sein; so wenn der servus fructuarius vom Proprietar (oder auch von dem Diebe oder einem sonstigen unrechtmäßigen Besitzer) an einen dritten verkauft ist. Die Frage hinsichtlich des Erwerbes ex operis wird in den Quellen nicht entschieden.[14] Jedoch wenn der bon. fid. possessor dem Eigentümer gegenüber ex operis servi erwirbt, so läßt sich nicht absehen, wie dieser Erwerb durch einen an dem Sklaven bestehenden Nießbrauch ausgeschlossen sein sollte.[15]

---

[13] Anderer Meinung ist Schmidt, Persönlichk. d. Sklaven S. 30 Anm. 36; aber l. 12 § 3. 4 de usufr. 7, 1 spricht nicht von einem putativen Nießbraucher. Vgl. oben S. 152. 153.

[14] Auch kaum indirekt in l. 12 § 4 de usufr. 7, 1 — si quis possessionem eius nactus sit, .. quod ex re fructuarii stipulatus est, fructuario adquiri potest.

[15] Dies hat auch Goeschen l. c. p. 12 ganz richtig erkannt.

Das Resultat wäre somit: der Nießbraucher erwirbt hier einzig ex re sua; der bon. fid. possessor nicht allein ex re sua, sondern auch ex operis servi; aller übrige Erwerb gelangt an den neben ihm noch vorhandenen Proprietar.[16] Wenn der Sklave ex operis suis dem Nießbraucher nominatim stipuliert, so würde dieser den Erwerb machen, da ihm ja aus dieser causa an sich d. h. ohne die Konkurrenz des bon. fid. possessor überhaupt erworben werden könnte.

III. Der Sklave steht im Nießbrauche mehrerer Personen, oder er wird von mehreren zusammen bona fide besessen bezw. der Freie dient mehreren als Sklave.

a) Außer Zweifel stand, daß er ex operis suis jedem nur zu dessen Anteil am Nießbrauch oder Besitz erwerbe und daß nominatio wie iussus für den Erwerb bedeutungslos seien.[17]

> l. 24 h. t. Nerat. l. II. Resp. Et si duorum ususfructus sit, quod ex operis suis alteri eorum stipulatus sit, pro ea dumtaxat parte, ex qua ususfructus eius sit, adquirit.

Ferner stand es fest, daß der Erwerb, den der Sklave ex re des einen macht, nicht auch dem anderen — abweichend von dem beim servus communis anerkannten Grundsatze — zufalle.

> l. 23 § 3 de A. R. D. 41, 1. Ulp. l. 43 ad Sab. Si quis duobus bona fide serviat, utrique adquiret, sed singulis ex re sua.

Ebenso scheint man darüber einverstanden gewesen zu sein, daß ex re quae ad utrosque pertinet den Nießbrauchern oder Mitbesitzern nicht — wie den Miteigentümern pro partibus do-

---

[16] Keinen Beweis liefert Ulp. l. 5 § 4 a: si ususfr. 7, 6: Fructuario qui vicit omnis causa restituenda est: et ideo si servi fuerit ususfructus legatus, quidquid ex re fructuarii vel ex operis suis consecutus sit, possessor debebit restituere. Diese Stelle handelt nur von dem **nach** der Litiskontestation bei der act. confessoria bezogenen Erwerbe des Sklaven, hinsichtlich dessen Restitution bonae und malae fidei possessor gleichgestellt sind. Es läßt sich aus ihr ebensowenig folgern, daß ersterer auch den ex operis servi gemachten Erwerb der Vorprozeßzeit herauszugeben habe, wie daß letzterer den Arbeitsgewinn etwa formell erwerbe. Anders scheint **Pernice**, Labeo II S. 168 Anm. 58 die Stelle aufzufassen.

[17] Daß, wenn der Erwerbsakt (Stipulation, Manzipation) ausdrücklich auf den Namen des einen gestellt ist, der andere zu seinem Anteil weder ex operis servi noch ex re sua erwerben kann, braucht nicht besonders bemerkt zu werden; vergl. S. 187.

minicis — nach dem Verhältnis ihrer Anteile am Nießbrauch und Besitz, sondern nach ihren Quoten an jener res erworben werde, so daß auch hier jeder ex re sua für sich erwirbt,[18] und der von dem einem etwa erteilte iussus ohne Belang ist.[19]

b) Dagegen schwankte man, ob der vom Sklaven (bezw. liber homo b. f. serviens) ex re des einen Mitbesitzers oder Mitnießbrauchers gemachte Erwerb diesem ganz, oder nur anteilsweise und zum anderen Teile dem Eigentümer (bezw. dem dienenden Freien selbst) zufalle. Einen völlig klaren Einblick in die Behandlung dieser Frage gewinnen wir aus den Quellen um so weniger, als einesteils unser Berichterstatter selbst, Ulpian, hier nicht vollständig zu referieren scheint, und anderenteils auch die Kompilatoren die aufgenommenen Exzerpte vermutlich zurechtgestutzt haben. Es kommen hier zunächst folgende Stellen in Betracht:[20]

---

[18] Vgl. l. 32 h. t.; z. B. der Sklave stipuliert die dargeliehenen 150, von denen dem einen Nießbraucher oder Mitbesitzer 100, dem andern 50 gehören; oder er verkauft eine Pekuliarsache und läßt sich den Preis promittieren, während der Anteil des einen am Pekulium $^2/_3$, der des anderen $^1/_3$ beträgt; oder er kauft im gleichen Falle mit Pekuliargeld.

[19] Dem widerspricht natürlich nicht Paul. l. 33 § 1 h. t. Si duo rei stipulandi usumfructum in servo habeant [vel quibus bona fide serviebat *Gloss.*] et iussu unius a debitore stipuletur, ei soli adquirit. Denn hier hat in der That der Sklave ex re des Jubenten, nicht ex re utriusque stipuliert, was sich aus der Natur der Korrealobligation ergiebt; vgl. meine Lehre v. d. Novation S. 356 fg. Es müßte ebenso entschieden werden, wenn hier Nießbraucher und Proprietar Korrealgläubiger wären. Der im Text aufgestellte Satz würde widerlegt werden durch l. 33 pr. eod. (S. 188), wenn man mit Lenel, paling. I. p. 1167 nr. 1199 vor iussu nochmals „alterius“ setzen und die Stelle von einem im Mitbesitz mehrerer befindlichen Sklaven verstehen dürfte. Diese Konjektur ist aber verfehlt; denn wir geraten bei ihr in Widerspruch mit feststehenden Rechtssätzen. Auch fehlt ihr jede Begründung, wenn man beachtet, daß hier sowohl wie in l. 43 pr. de A. R. D. 41, 1 der Ausdruck „ex re alterius“ bedeutet: „non ex re possessoris.“ — Über den Fall der nominatio des einen Nießbrauchers s. unten sub c.

[20] Die ganze Frage ist oft behandelt worden, ohne daß die Sache dadurch wesentlich gefördert wäre, so daß ich der Mühe überhoben bin, mich auf die Litteratur näher einzulassen. Ebenso können die vielfachen vergeblichen Versuche, die betreffenden Quellenstellen auf exegetischem Wege oder durch Konjekturen miteinander zu vereinigen, auf sich beruhen bleiben. Die verhältnismäßig besten Erörterungen finden sich bei Donellus comm. iur. civ. IX. c. 6. nr. 35. 36. Noodt observ. II. c. 18 und fast wörtlich übereinstimmend de usufr. I. c. 16. (Opp. I. p. 294. 372.) Daneben noch Altamiranus ad quaest. Scaev. (Meermanni thes. II. p. 410.) Burgius elect. c. 17. Gordon praeterm. c. 11. (Otto thes. I. 338. 863.)

l. 25 § 6 de usufr. 7, 1. Ulp. l. 18 ad Sab. Si duos fructuarios proponas et ex alterius re servus sit stipulatus, quaeritur, utrum totum an pro parte qua habet usumfructum ei quaeratur. Nam et in duobus bonae fidei possessoribus hoc idem est apud Scaevolam agitatum libro secundo quaestionum, et ait vulgo creditum rationemque hoc facere, ut si ex re alterius stipuletur, partem ei dumtaxat quaeri partem domino: quod si nominatim sit stipulatus, nec dubitari debere, quin adiecto nomine solidum ei quaeratur; idemque ait et si iussu eius stipuletur, quoniam iussum pro nomine accipimus.

l. 23 § 3 de A. R. D. Ulp. l. 43 ad Sab. Si quis duobus bona fide serviat, utrique adquiret, sed singulis ex re sua; quod autem ex re alterius est, utrum pro parte ei, cui bona fide servit, pro parte domino, si servus sit, aut, si liber sit, sibi:[21] an vero ei debeat adquirere totum, ex cuius re est, videamus. Quam speciem Scaevola quoque tractat libro secundo quaestionum: ait enim si alienus servus duobus bona fide serviat et ex unius eorum re adquirat, rationem facere, ut ei dumtaxat in solidum[22] adquirat;[23] sed si adiiciat eius nomen, ex cuius re stipulatur, nec dubitandum esse ait, quin ei soli adquiratur, quia et si ex re ipsius stipularetur,[24] alteri ex dominis nominatim stipulando solidum ei adquiret.

---

[21] So konstituiert den Text schon Haloander (nicht erst Cujacius, wie die in der vor. Anm. angeführten Schriftsteller meinen), während in der Florentina „si liber sit, ei cui bona fide servit“ und in der Vulgata „s. l. s., sibi vel ei etc.“ überliefert ist. Der ausgemerzte Satz ist wohl nur Abschreibefehler. Mommsen liest dagegen: sibi, si liber sit qui bona fide servit“ und streicht das erste „cui bona fide servit“, was allerdings Glossem sein könnte. Der Sinn selbst ist nicht zweifelhaft.

[22] Cujacius observ. IV. c. 1 emendiert „partem“, wogegen sich viel Widerspruch erhoben hat. Jedenfalls ist in solidum für partem interpoliert, wie schon Giphanius ad h. l. (Lect. Altorph. p. 344) bemerkt.

[23] Noodt l. c. setzt hinzu: si iussu eius stipuletur; eine Konjektur, die keine Widerlegung verdient.

[24] Hier, nicht hinter dominis ist offenbar zu interpungieren; denn in dem alteri stipulari ist doch schon das nominatim stipulari enthalten.

l. 25 § 6 cit. Idem et in fructuariis erit dicendum, ut quo casu non totum adquiretur fructuario, proprietatis domino erit quaesitum, quoniam ex re fructuarii quaeri ei posse ostendimus.

Es muß hier sofort zweierlei auffallen: zunächst daß die ganze Frage überhaupt erst von Scävola hinsichtlich der Mitbesitzer angeregt sein soll; ferner, daß nach Ulpians Bericht noch Zweifel in betreff des Erwerbes bei mehreren Nießbrauchern bestanden, und letzterer dann nach Analogie des Erwerbes beim Mitbesitz beurteilt wird. Wenn man bedenkt, daß das Vermächtnis des ususfructus servi an mehrere Personen doch wohl von jeher überaus häufig vorkam, ebenso wie der gemeinschaftliche Kauf eines fremden Sklaven, so muß notwendig die so naheliegende und praktisch wichtige Frage nach dem Erwerbe desselben weit früher aufgeworfen sein. Gewiß hatte auch Julian und vielleicht sogar schon Sabinus zu ihr Stellung genommen. Dürfen wir der Hypothese einigen Raum gewähren, so möchte es scheinen, als ob die Frage hinsichtlich der usufructuarii längst entschieden war und erst später durch die herangezogene Analogie der bon. fid. possessores wieder in Zweifel gestellt wurde.

Der Satz, daß der servus fructuarius dem Nießbraucher ex re sua erwerbe, stand völlig fest und konnte auch, wenn mehreren der Nießbrauch zukam, durch den anderen Grundsatz, daß diese nach der Quote ihres Nießbrauches die Früchte der Sache — und ex operis servi — erwerben, nicht in seiner Durchführung beeinträchtigt werden. Denn einmal steht der Sklavenerwerb ex re fructuarii nicht mit den fructus auf gleicher Linie, und sodann bot sich hier wie von selbst die Denkform, daß, soweit der Sklave ex re des einen Nießbrauchers erwirbt, er so angesehen werden müsse, als ob er im alleinigen Nießbrauch desselben stünde. Einen freilich nur indirekten, aber doch ausreichenden Beweis dafür, daß nach der anfangs herrschenden Anschauung jeder Usufruktuar ex re sua ausschließlich und in solidum erwarb, liefert der Umstand, daß nach Sabinus der Erwerb ex ea re quae ad utrosque pertinet beiden und nicht etwa zur Hälfte dem Proprietar zufällt.[25]

Ganz anders verhielt es sich bei den Mitbesitzern eines

---

[25] l. 32 h. t. Anm. 18.

fremden Sklaven oder dienenden Freien.[26] Hier treten allerdings, wie es scheint, zwei Rechtsgrundsätze mit einander in Konflikt. Der serviens erwirbt dem bon. fid. possessor, wie feststand, ex re sua. Aber wenn er von mehreren bona fide besessen wird, so stellt er sich doch einstweilen als ein servus plurium communis dar. So lange, bis sich herausstellt, daß er ein fremder Sklave oder ein Freier ist, gelten und gerieren sich die Besitzer als Miteigentümer. Miteigentümer eines Sklaven erwerben aber doch pro partibus dominicis. Sollten nun die Mitbesitzer, die doch selbst Miteigentümer zu sein glaubten, in einem Falle jeder für sich in solidum erwerben können, also in dieser Hinsicht anders beurteilt werden, wie wenn sie wirklich Miteigentümer wären, die nur anteilsweise erwerben? Das schien widerspruchsvoll. Da sich nun der Erwerb des bon. fid. possessor auf das ex re sua Erworbene beschränkt und der andere Besitzer an diesem Erwerbe nicht teilnehmen kann, so schien nichts übrig zu bleiben, als den Mitbesitzer ex re sua nur zu seiner vermeintlichen Eigentumsquote erwerben zu lassen. Daß dies in der That der Gedankengang war, ergiebt sich deutlich aus l. 54 § 3a de A. R. D. (S. 242). Wenn nun aber der Erwerb ex re sua bloß zu einem Teile an den betreffenden bon. fid. possessor gelangte, so konnte der andere Teil nach der Regel: „quod bon. fid. possessori adquiri non potest domino adquiritur" (S. 192 fg.) einzig dem Eigentümer bezw. dem dienenden Freien selbst zufallen.[27]

Das ist die ratio, die nach Scävola jene gemeinhin angenommene („vulgo creditum") und von ihm selbst in l. II. Quaest. vertretene — jedenfalls zu seiner Zeit noch herrschende — Teilung des Erwerbes nicht bloß rechtfertigt, sondern notwendig macht. Wenn man nun aber einmal die beim Miteigentum am Sklaven geltenden Grundsätze auf unsern Fall anwendete, so lag es nahe, die dort feststehende Ausnahme hinsichtlich des auf den Namen des einen gestellten oder auf Geheiß des einen vorgenommenen Erwerbsaktes auch für die bon. fid. possessores anzuerkennen.

---

[26] Darauf ist, soviel ich sehe, von allen, die unseren Gegenstand erörtert haben, niemand gekommen.

[27] An die Alternative, daß der Erwerb an den anderen bon. fid. possessor gelangen könnte, wie Stephanus ad l. 25 § 6 cit. (Basil. XVI. 1. sch. 56. ed. Zachar. p. 77) annimmt, hat kein römischer Jurist gedacht.

Und darüber scheint für den Fall des nominatim stipulari auch kein Zweifel bestanden zu haben.

Und doch ist diese ratio nicht zutreffend. Die Gleichstellung der Mitbesitzer mit den Miteigentümern hinsichtlich des Erwerbes des Sklaven ist eben deshalb unmöglich — und das scheint der schwache Punkt in der die Teilung des Erwerbes begründenden Deduktion —, weil der bon. fid. possessor bloß ex re sua (und ex operis servi) erwirbt, während aller Erwerb des servus communis den Miteigentümern pro parte dominica zufällt, gleichviel aus wessen Vermögen er herrührt. Sollte man den Mitbesitzer hinsichtlich des Erwerbes des Sklaven in voller Konsequenz so behandeln, als wäre dieser wirklich ein gemeinschaftlicher, so müßte man auch hier von dem Ursprunge des Erwerbes absehen, dürfte also auch den Mitbesitzer nicht auf den Erwerb ex re sua beschränken. Thut man aber letzteres, so scheint es nicht folgerichtig gedacht, wenn man diesen Erwerb wie einen solchen behandelt, der durch einen servus communis gemacht ist. Und dazu noch was für ein widerspruchsvolles Resultat! Wird der Sklave von A allein bona fide besessen, so entgeht dem Eigentümer der ex re des A gemachte Erwerb seines Sklaven vollständig. Befindet er sich aber im Mitbesitz des A und B, so fällt dem Eigentümer die Hälfte dieses Erwerbes zu.[28]

So herrschte denn hinsichtlich des Erwerbes des Sklaven ex re des einen bon. fid. possessor noch zur Zeit Ulpians und wohl über dieselbe hinaus Meinungsverschiedenheit, während es vielleicht erst dieser Jurist selbst war, der in l. 18 ad Sab. (l. 25 § 6 cit.) die für den Erwerb der mehreren bon. fid. possessores durch die Autorität Scävolas gestützte Auffassung auf die Mitnießbraucher dem Scheine der Konsequenz zu liebe übertrug. Wie schwankend aber doch die Ansichten hinsichtlich des Erwerbes des von mehreren bona fide besessenen Sklaven waren, dafür ist sehr bezeichnend, daß Scävola selbst an einer späteren Stelle der-

[28] Die hervorgehobene Inkongruenz ist nicht etwa auch, wie es scheinen möchte, in dem vorhin sub II erörterten Falle vorhanden; denn da befindet sich neben dem bona fide besitzenden vermeintlichen Miteigentümer kein anderer bon. fid. possesor, sondern der wirkliche Eigentümer. (Vgl. l. 42 pr. de A. P. 41, 1.) Das tritt ganz klar hervor, wenn der wirkliche Eigentümer (oder auch Miteigentümer) und der putative Miteigentümer zusammen im Besitz des Sklaven sind; z. B. der Sklave gehört A allein oder A und C, und wird von A und B als gemeinschaftlicher besessen.

selben Schrift eine andere Auffassung vertritt und daß Ulpian als getreuer Kompilator diesen Meinungswechsel mitmacht. So ist denn schließlich infolge der Unaufmerksamkeit der Redaktoren der Digesten die frühere Kontroverse in Gestalt einer Antinomie in die justinianische Rechtssammlung übergegangen.[29]

l. 19 h. t. Scaevola l. 13 Quaest. Si alienus servus duobus bonae fidei serviens ex unius eorum re adquirat, ratio facit, ut [ei ex cuius re adquisiit][30] id totum ei adquirat — sive ei soli sive quasi duobus serviat —.[31] Nam et in veris dominis quotiens utrique adquiritur, totiens partes adquiri: ceterum si alii non adquiratur, alium solidum habiturum. Igitur eadem ratio erit et in proposito, ut hic servus alienus, qui mihi et tibi bona fide servit, mihi solidum ex re mea adquirat, quia tibi non potest adquiri, quia[32] non sit ex re tua.

l. 23 § 3 cit. Ulp. l. 43 ad Sab. — Et[33] in inferioribus probat (sc. Scaevola), ut quamvis non nominatim

---

[29] Kuntze a. a. O. S. 57 verwirft die Annahme eines Meinungswechsels beider Juristen, indem er glaubt, daß sie in l. 25 § 6 cit. nicht ihre eigene Meinung aussprechen, sondern die „gewöhnliche Meinung", die ihnen selbst zweifelhaft erschien, referieren. Aber es läßt sich doch nicht wegdisputieren, daß Scävola (und mit ihm Ulpian in l. 23 § 3 cit.) einmal diese gewöhnliche Meinung (den Erwerb pro parte) und das andere Mal die entgegengesetzte (den solidarischen Erwerb) für „rationell" erklärt. Daß im justinianischen Recht die spätere Meinung Scävolas als rezipiert angesehen werden muß, ist freilich richtig, wie schon aus der sonnenklaren Interpolation in l. 23 § 3 cit. hervorgeht, deren Kopflosigkeit die Interpreten zu so manchen Irrtümern verleitet hat. Aber der Widerspruch mit l. 25 § 6 cit. bleibt bestehen.

[30] Die eingeklammerten Worte werden von Mommsen gestrichen. Sie scheinen aber älteres Glossem zu sein, das vielleicht hinter ei soli zu versetzen wäre.

[31] Noodt observ. II. 18 versteht diesen Satz dahin, daß es keinen Unterschied mache „utrum ei soli (vel nominatim vel eius iussu) an quasi duobus h. e. simpliciter adquirat." Dies wird wohl den Sinn treffen, wenn der Satz überhaupt dem Scävola angehört und nicht Glossem oder Interpolation ist. Lenel paling. II. p. 281 n. 2 vermutet, daß hinter serviat ausgefallen ist: stipulatus sit. Aber müßte dann nicht serviens statt serviat stehen?

[32] Mommsens Konjektur quod scheint nicht ganz dem Gedankengange des Juristen zu entsprechen.

[33] Ulpian hatte geschrieben: at. Fuchs, krit. Studien S. 15 legt dem Abschreiber zur Last, woran die Kompilatoren schuld sind.

nec iussu meo, ex re tamen mea stipulatus sit, cum pluribus bona fide serviret, mihi soli adquirat. Nam et illud receptum est, ut quotiens communis servus omnibus adquirere non potest, ei soli eum adquirere, cui potest: et hoc Julianum quoque scribere saepe retuli eoque iure utimur.[34]

Also der bona fide serviens erwirbt dem, aus dessen Vermögen der Erwerb gemacht ist, gleichviel ob er von diesem allein oder von mehreren besessen wird. Auch dies ergiebt sich dem Juristen aus der analogen Anwendung der für den Erwerb des servus communis geltenden Grundsätze. Regelmäßig erwirbt dieser beiden Herren nach Verhältnis ihrer Eigentumsanteile; was aber dem einen nicht erworben werden kann, fällt ganz dem anderen zu. Ebenso müsse es sich verhalten beim Erwerbe des alienus servus duobus bona fide serviens. Also da an dem ex re des einen gemachten Erwerbe der andere nicht teilnehmen kann, so verbleibt er ganz dem ersteren.[35]

Die Schlüssigkeit der Beweisführung läßt sich bestreiten. Denn der bona fide serviens erwirbt eben nicht den Mitbesitzern grundsätzlich zusammen nach Verhältnis ihrer vermeintlichen Eigentumsquoten, sondern jedem bloß ex re sua. Daher darf man auch nicht schließen: was er dem einen, nämlich ex re alterius, nicht erwerben kann, erwirbt er allein diesem anderen. Jener von Scävola auf die Mitbesitzer angewendete Grundsatz würde vielmehr nur zu dem Resultat führen, daß, wenn der bona fide serviens ex re des einen erwirbt, was diesem nicht erworben werden kann (z. B. eine diesem gehörige Sache kauft oder stipuliert), dieser Erwerb dem anderen bon. fid. possessor und nicht dem Eigentümer zufalle, — was offenbar unrichtig ist und von dem Juristen selbst nicht angenommen wird. Genau besehen,

---

[34] Der Schluß kann nur auf den vorangehenden Satz („Nam—potest") bezogen werden. (Vgl. oben S. 99.) Denn hätte bereits Julian sich für den solidarischen Erwerb des bon. fid. poss. erklärt, so würde Ulpian sich darauf auch in l. 25 § 6 cit. und in unserer Stelle schon vorher bezogen haben. Die Aufwerfung der Frage ferner („videamus", „quaeritur") und ihre Erörterung mit Bezugnahme auf Scävola würde schlecht zu dem „saepe retuli" und dem „eoque iure utimur" stimmen. Anders Kuntze a. a. O. 57.

[35] Anders aber, wenn der eine der Besitzer selbst Miteigentümer ist, da der Eigentümer des Sklaven auch ex re bon. fid. possessoris erwerben kann; vgl. Anm. 28.

ist der Kern der Ausführung Scävolas vielmehr folgender: was ex re des einen bon. fid. possessor erworben wird, kann nicht auch dem anderen erworben werden, also muß es ganz (totum) dem ersteren zufallen. Die Argumentation hinkt, wenn auch das Ergebnis selbst, zu dem der Jurist gelangt, richtig ist.

c) Der Sklave erwirbt nur dem Mitnießbraucher oder Mitbesitzer, aus dessen Vermögen der Erwerb gemacht ist. Es scheint jedoch, daß, wenn das Erwerbsgeschäft ausdrücklich auf den Namen des einen von ihnen gestellt war, ihm auch ex re des anderen erworben werden konnte. Wenigstens bliebe ohne diese Annahme l. 32 h. t. nicht recht verständlich.

> Paul. l. 9 ad Plaut. Si, cum duorum ususfructus esset in servo et is servus uni nominatim stipulatus sit ex ea re, quae ad utrosque pertinet, Sabinus ait, quoniam soli[36] obligatus esset, videndum esse, quemadmodum alter usuarius [usufructuarius?] partem suam recipere possit —[37]

Stipuliert der servus fructuarius für den einen Nießbraucher ex re quae ad utrosque pertinet, so stipuliert er ihm doch zum Teile ex re alterius. Es müßte mithin ganz dasselbe gelten, wenn er ihm einzig ex re alterius stipulierte. Während also im Verhältnis zum Eigentümer das nominatim stipulari aus dem Vermögen eines dritten für den Erwerb des Nießbrauchers ohne jede Bedeutung ist, wird durch die nominatio ein Erwerb ex re alterius fructuarii für den genannten Nießbraucher herbeigeführt.[38] So wenigstens nach der von Paulus anerkannten Meinung des Sabinus. Widersprechend ist die Entscheidung des Neratius in l. 24 h. t. (S. 244) in betreff der Stipulation ex operis servi. Ob aber hier in der That eine Meinungsverschiedenheit zwischen beiden Juristen bestand, wird sich mit völliger Gewißheit kaum sagen lassen; denn es könnte die abweichende Entscheidung auch in der Verschiedenheit

---

[36] Mommsen schiebt ein „nominato promissor"; statt des ersteren Wortes wird besser illi vor soli gesetzt werden.

[37] Den Schluß s. S. 191 Anm. 14.

[38] Daß die Entscheidung der l. 32 cit. der Regel, daß der Sklave dem Nießbraucher nur ex re sua erwirbt, widerspricht, bemerkt auch Noodt de usufr. l. c. p. 372 nicht, obwohl er die Stelle ausführlich erörtert.

der materiellen causa der Stipulation begründet sein.[39] Augenscheinlich ist auch für Sabinus Meinung die Analogie des für den Erwerb des servus communis geltenden Rechtssatzes bestimmend gewesen. Der Sklave wird hinsichtlich des Erwerbes so behandelt, als ob er im alleinigen Nießbrauch desjenigen stünde, auf dessen Namen der Erwerbsakt vorgenommen ist. Praktisch gerechtfertigt wird diese Auffassung aber dadurch, daß hier sonst weder dem anderen Nießbraucher noch dem Proprietar aus dem Rechtsgeschäfte erworben werden könnte. Ist diese Annahme richtig, so wird es keinem Zweifel unterliegen können, daß bei mehreren bon. fid. possessores im gleichen Falle ebenso zu entscheiden war.

---

[39] Man könnte nämlich sagen: wenn der Sklave seine operae vermietet und dem einen Nießbraucher die merces stipuliert, so kann der andere zu seinem Teile ja noch immer die operae in Anspruch nehmen; der Erwerb des ersteren über seinen Anteil hinaus wäre mithin ungerechtfertigt. Anders, wenn der Sklave ex ea re quae ad utrosque pertinet dem einen stipuliert hat; denn das, was aus dem Vermögen des anderen geleistet ist, wäre für diesen unwiderbringlich dahin, wenn nicht der erstere den Erwerb ganz machen würde, der so doch materiell auch dem anderen Nießbraucher infolge seines Ersatzanspruches gegen jenen (utilis act. comm. divid. oder condictio) zukäme. Aber ich gestehe, daß dies weit hergeholt ist.

Quellenregister.

Vorjustinianische Quellen.

Justinianische Quellen.

Institutiones.

Digesta.

Codex.

Offizin der Verlagshandlung.

Mai 1891.

Im gleichen Verlage sind erschienen und durch alle Sortimentsbuchhandlungen zu beziehen:

Bar, Dr. L. v., Die Lehre vom Causalzusammenhange im Rechte, besonders im Strafrechte. gr. 8. brosch. ℳ 2,70.

Berner, Albert Friedrich, Lehrbuch des Deutschen Strafrechtes. Sechzehnte Auflage. Mit dem Portrait des Verfassers. gr. 8. brosch. ℳ 9,00.

Berner, Max, Der Grundsatz des ne bis in idem im Strafprozeß. gr. 8. brosch. ℳ 4,00.

Codex des im Königreiche Sachsen geltenden Kirchen- und Schulrechts. Dritte, bis auf die neueste Zeit fortgeführte und ergänzte Auflage. Im Auftrage des Königlichen Ministerium des Cultus und öffentlichen Unterrichts u. des Evangelisch-Lutherischen Landesconsisto... bearbeitet und herausgegeben von **Paul von Seydewitz.** Mit chronologi... und alphabetischen Registern. gr. 4. brosch. ℳ 44,00.

Compilationes antiquae, quinque, nec non Collectio Canonum Lipsiensis ad librorum manu scriptorum fidem recognovit et adnotatione critica instruxit *Aemilius Friedberg*. gr. 8. br. ℳ 12,00.

Corpus iuris canonici. Editio Lipsiensis secunda post *Aemilii Ludovici Richteri* curas ad librorum manu scriptorum et editionis Romanae fidem recognovit et adnotatione critica instruxit *Aemilius Friedberg*. Pars Prior. Decretum Magistri Gratiani. Pars Secunda. Decretalium Collectiones. 2 Bände. gr. 4. Cart. ℳ 60,00.

Friedberg, Dr. Emil, Lehrbuch des katholischen und evangelischen Kirchenrechts. Dritte, vermehrte und verbesserte Auflage. gr. 8. brosch. ℳ 12,00.

— — Das geltende Verfassungsrecht der evangelischen Landes-kirchen in Deutschland und Oesterreich. gr. 8. brosch. ℳ 16,00.

— — Formelbuch für Handels-, Wechsel- und Seerecht. Lex.-8. gebunden ℳ 6,00.

Keller, Dr. Fr. Ludw. v., Der Römische Civilprozeß und die Actionen, in summarischer Darstellung, zum Gebrauche bei Vorlesungen. Sechste Ausgabe, bearbeitet von Prof. **Adolf Wach.** 8. brosch. ℳ 6,00.

Krapf von Liverhoff, Dr. Ferdinand, Uebersetzung des englischen Bankruptcy Act 1883. gr. 8. brosch. ℳ 4,00.

Lenel, Dr. Otto, Das Edictum Perpetuum. Ein Versuch zu dessen Wiederherstellung. Mit dem für die Savigny-Stiftung ausgeschriebenen Preise gekrönt. gr. 8. brosch. ℳ 16,00.

— — Palingenesia Iuris Civilis. Iuris consultorum reliquiae quae Iustiniani Digestis continentur ceteraque iuris prudentiae civilis Fragmenta minora, secundum auctores et libros. 2 Bände. gr. 4. brosch. ℳ 64,00.

Richter, Dr. Aem. Ludw., Lehrbuch des katholischen und evan-gelischen Kirchenrechts. Mit besonderer Rücksicht auf Deutsche Zustände. Nach dem Tode des Verfassers mit eingehender Berücksichtigung der neueren Entwickelung im Gebiete des Staates und der Kirche in Achter Auflage bearbeitet von Dr. **R. W. Dove** u. Dr. **Wilh. Kahl.** gr. 8. br. ℳ 16,20.

Skedl, Dr. Arthur, Die Nichtigkeitsbeschwerde in ihrer geschicht-lichen Entwicklung. Eine civilprozessuale Abhandlung. gr. 8. br. ℳ 6,00.

— — Das Mahnverfahren. gr. 8. brosch. ℳ 6,00.

Offizin der Verlagshandlung.

